This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

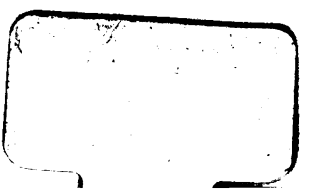
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.



Gegenseitige Verträge.

Studien
zur
Systematik des Reichsrechts.

Von

Dr. Horst Krahmer,
Gerichtsassessor und Privatdozenten der Rechtswissenschaft
an der Universität Halle a. S.

Halle a. S.
Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.
1904.

Dem Herrn Geheimen Oberjustizrate

Dr. v. Schmidt

Landgerichtspräsidenten in Halle a. S.

in ergebener Verehrung.

Inhalt.

Einleitung. Seite

§ 1. Problem und Stand der Frage 7
§ 2. Geschichtlicher Rückblick 10
§ 3. Zur Methode der Gesetzgebungstechnik 20

Erster Teil: Die allgemeinen Vorschriften über gegenseitige Verträge.

§ 4. Rechtsfolgen der Nichterfüllung 27
§ 5. „Unmöglichkeit" 39
§ 6. Verzug und „positive Vertragsverletzungen" 61

Zweiter Teil: Die Anwendung der §§ 320 bis 322 des Bürgerlichen Gesetzbuches auf die einzelnen gegenseitigen Schuldverhältnisse.

§ 7. Die einzelnen gegenseitigen Schuldverhältnisse 70
§ 8. Die einzelnen gegenseitigen Verpflichtungen 82
§ 9. Einstweilige Leistungsweigerung einzelner gegenseitiger Verpflichtungen 88
§ 10. Sonderfolgen der Nichterfüllung 93
§ 11. „Mangel im Rechte" 98
§ 12. Sachmängel 105

Dritter Teil: Die Anwendung der Vorschriften über die nachfolgende Unmöglichkeit auf die einzelnen gegenseitigen Schuldverhältnisse.

§ 13. Unmöglichkeit, Sachmängel und „Gefahr" 121
§ 14. B.G.B. § 323 in den einzelnen Schuldverhältnissen 129
§ 15. Sonderfolgen zufälliger Unmöglichkeit 137
§ 16. B.G.B. § 324 in den einzelnen Schuldverhältnissen 145
§ 17. B.G.B. § 325 in den einzelnen Schuldverhältnissen 150

Vierter Teil: Die Anwendung der Vorschriften über den Verzug auf die einzelnen gegenseitigen Schuldverhältnisse.

§ 18. Nicht vergleichbare Fälle 155

§ 19. Sonderfolgen des Verzuges in Erfüllung gegenseitiger Verpflichtungen 161

Schluß.

§ 20. Allgemeine Ergebnisse 169

Abkürzungen 171

Einleitung.

§ 1. Problem und Stand der Frage.

Zwei methodische Hilfsmittel sind es gewesen, mit denen seit etwa hundert Jahren eine Vereinfachung des positiven Rechtes für seine Fassung durch Rechtslehre und Gesetzgebung versucht und teilweise auch erreicht worden ist: einmal die allgemeinere (abstraktere) Fassung der für die einzelnen Rechtsverhältnisse aufgestellten Normen an Stelle ins Besondere gehender „kasuistischer" Rechtsbehandlung,[1] sodann aber die Herausstellung der in den Bestimmungen für die einzelnen Rechtsverhältnisse wiederkehrenden Grundsätze in allgemein vorangeschickter Zusammenfassung.[2]

Beide Hilfsmittel sind jedoch nicht prinzipiell verschieden voneinander. Sie entspringen beide der gleichen Tendenz der Gesetzgebung: die technisch[3] geformten Sätze so zu gestalten, daß in ihnen möglichst alle Einzelfälle des sozialen Lebens[4] ihre Regelung finden.[5]

---

1) Hierzu vgl. Stammler, Lehre von dem richtigen Rechte S. 255.

2) Der „allgemeine Teil" des bürgerlichen Rechtes, der in seiner Zusammenstellung seither im wesentlichen nicht verändert worden ist, (vgl. aber doch die Einfügung der Bestimmungen über „Vertrag" und „Sicherheitsleistung" durch das B.G.B.) enthält außer den für sich abgeschlossenen Bestimmungen über Rechtssubjekte und Rechtsobjekte in den Sätzen über „Rechtsgeschäfte" Regeln, die „für sich allein" niemals Anwendung finden: Es gibt keinen Tatbestand des Verkehrs, der juristisch sich nicht näher denn als bloßes „Rechtsgeschäft" qualifizieren ließe, es liegt stets ein Rechtsinstitut vor, das auch in den „besonderen Teilen" seine Erledigung gefunden hat.

Fast so alt wie der „allgemeine Teil" ist auch die Zusammenfassung der „allgemeinen Lehren des Obligationenrechtes" für diejenigen Bestimmungen, die im Rechte der Schuldverhältnisse sozusagen „als gemeinsame Faktoren vor die Klammer zu setzen" sind. Doch sind auch hier im B.G.B. neue Bestimmungen verallgemeinert eingestellt worden, vgl. außer den §§ 320—327 (gegenseitiger Vertrag); § 258 (ius tollendi); § 256 (Ersatz von Aufwendungen); § 260 (Herausgabe eines Inbegriffs) und § 273 f. (Zurückbehaltungsrecht).

3) Der Gegensatz der „technischen" zur „theoretischen" Rechtslehre bei Stammler, Lehre vom richtigen Recht, Eröffnung I.

4) Denn dieses — das auf Bedürfnisbefriedigung gerichtete, geregelte Zusammenleben der Menschen (Stammler, Wirtschaft und Recht, bes. S. 90, S. 137 ff.) — ist

Ist insbesondere durch das letztere Hilfsmittel eine erhebliche Kürzung erreicht worden[6], so bietet doch die Einordnung dieser „allgemeinen Vorschriften" in die Einzelregelung jeweils wieder ihre besonderen Schwierigkeiten.

Es erhebt sich nämlich bei jeder solchen Voranstellung die Frage: Welche sachliche Bedeutung haben die „allgemeinen" Vorschriften? Unterstehen ihnen die „besonderen" in unbedingter Art oder wirken sie abändernd auf jene ein?[7]

Solche Schwierigkeiten sind neuerdings vor allem hervorgetreten im Rechte der gegenseitigen Verträge. Unter dem Titel „Gegenseitiger Vertrag" stellt das Bürgerliche Gesetzbuch in §§ 320—327 Vorschriften zusammen, welche für den Fall der Nichterfüllung, der Unmöglichkeit der Erfüllung und des Verzugs in der Erfüllung zugesagter Leistungen Rechtsfolgen festsetzen.

Über Nichterfüllung (oder nicht gehörige Erfüllung), Unmöglichkeit und Verzug enthält es aber auch im siebenten Abschnitt des zweiten

---

die „Materie" aller Sozialwissenschaft; wenngleich die rechtliche Regelung — die „Form" dieses sozialen Lebens (eod. bes. S. 125 ff.) — wissenschaftlich für sich untersucht und dargestellt werden kann (eod. bes. S. 168).

5) Dennoch wird keine technische Fassung der Rechtsregeln alle denkbaren Fälle erledigen können (vgl. Stammler, Lehre vom richtigen Rechte S. 275): non possunt omnes articuli (Einzelfälle) singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi . . . gesteht selbst Salvius Julianus (l. 12 D. 1, 3), der Redaktor wohl der meisten Gesetze der Hadrianischen Zeit, welcher gerade mit den technisch formulierten Sätzen fast überall auszureichen vermochte und auf die „aequitas" viel seltener zurückgriff, als die anderen klassischen römischen Juristen. — Diese Fälle, die unter technisch geformte Sätze nicht gebracht werden können, sind unmittelbar nach „sachlich richtigem" Rechte zu beurteilen. (Vgl. Stammler, Lehre vom richtigen Rechte, bes. S. 311 ff.)

6) Infolgedessen ist von solcher Voranstellung allgemeinerer Vorschriften in der neueren Gesetzgebung häufiger Gebrauch gemacht worden: neue allgemeine Teile im B. G. B. vgl. im Liegenschaftsrecht: „Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken" (§§ 873—902), die selbst das preußische Grundbuchrecht vom Jahre 1872 noch nicht kannte; im Familienrecht: 2. Abschnitt (Verwandtschaft) 1. Titel „Allgemeine Vorschriften" (§§ 1589, 1590); auch 1. Abschnitt 5. Titel „Wirkungen der Ehe im allgemeinen", wo insbesondere die Vorschrift des § 1357 (Schlüsselgewalt der Ehefrau) für alle in der Folge geregelten Güterrechte gilt; vgl. auch im Erbrecht: 3. Abschnitt (Testament) 1. Titel „Allgemeine Vorschriften" (§§ 2064—2086).

Andererseits aber läßt sich vielleicht doch auch jetzt manche Bestimmung noch allgemeiner voranstellen, so fügt z. B. Cosack B. G. B. die Lehre vom „Verschulden und Zufall" im allgemeinen Teile hinter der Lehre von den Rechtsgeschäften ein (I, §§ 71, 72), da sie auch außerhalb des Rechtes der Schuldverhältnisse benötigt wird.

7) Abgeändert wird z. B. B. G. B. § 123 durch § 443; § 273 durch § 997 (vgl. § 258). Zuweilen berechtigt Irrtum nicht zur Anfechtung: Der Käufer kann sich nicht auf einen Irrtum über das Nichtbestehen einer öffentlichen Last berufen § 436 (Dernburg B. G. B. § 180 III, Note 7). § 266 wird teilweise abgeändert durch § 275 (vgl. Titze S. 149) — anders bei Vertretungspflicht: § 280 Abs. 2 Satz 1 (Titze S. 152). § 266 teilweise abgeändert auch durch § 615.

Buches bei den „einzelnen Schuldverhältnissen" an verschiedenen Stellen Vorschriften.[8]

Gerade hier bedarf es noch genauerer Untersuchung: Welche besonderen Ergebnisse stellen sich für die soeben aufgeworfenen Fragen heraus?

Der Annahme, daß die allgemeinen Vorschriften in weitem Umfange in der Sonderregelung Anwendung zu finden hätten[9], hat sich in letzter Zeit die Ansicht entgegengestellt, sie seien durch die Sonderregelung fast völlig verdrängt.

So bezeichnet Dernburg die allgemeinen Vorschriften der §§ 320 bis 327 als „Abstraktionen, welche kaum für irgend einen Vertrag vollständig zutreffen".[10]

Aber auch Endemann[11], der dieses Einordnungsproblem durchgehends berücksichtigt[12], faßt das Ergebnis seiner Nachprüfung dahin zusammen: „In der absoluten Fassung, die ihnen im Gesetz gegeben wird, finden jene Grundsätze fast nirgends ein Anwendungsgebiet; sie erhalten Inhalt und Klarstellung erst durch die einschränkende und umgestaltende Anpassung an den konkreten Tatbestand des einzelnen Vertragsverhältnisses".[13]

---

8) Namentlich aber geschieht dies auch, was in der Litteratur bisher weniger beachtet worden ist, in den reichsrechtlichen Einzelgesetzen, soweit sie Bestimmungen über gegenseitige Verträge enthalten.

9) Vgl. z. B. Stammler, Schuldverhältnisse S. 100: „Es ist für die richtige Anwendung des Gesetzbuches darauf achtzugeben, daß die scheinbar vollständige Abwägung von Recht und Pflicht in den besonderen Abschnitten über die einzelnen Vertragsarten in den Fällen der gegenseitigen Verträge durch die hier entwickelte allgemeine Lehre stets zu ergänzen ist." Vgl. auch Windscheid-Kipp I S. 312 Nr. 7.

10) Dernburg, B.G.B. II 2 § 305, vgl. auch Kleineidam S. 162: „Wo sich mehr ins einzelne gehende, bezw. nur einzelne Vertragsarten und Verhältnisse betreffende Abweichungen finden, haben diese als Spezialvorschriften der allgemeinen Regelung vorzugehen."

11) Endemann, B.G.B. Bd. 1 Vorwort zur achten Aufl. a. E., namentlich auch § 160 Note 20. Vgl. daselbst auch, daß es sich doch jetzt „an allen Orten zeige, daß das Verfahren der römischen Juristen ungleich besser für die Anschaulichkeit und die praktische Anwendung des Rechtes gewesen sei als eine allgemeine Voraussstellung angeblich allgemeiner Grundgedanken".

12) Vgl. ferner zu diesem Problem hauptsächlich die von Kober bearbeiteten „einzelnen Schuldverhältnisse" des Staudingerschen Kommentars (im folgenden nach der 1. Aufl. zitiert), sowie Kisch, Nachträgl. Unmöglichkeit bei gegens. Vertr. 1900; vgl. auch Schreier, Die Lehre des B.G.B. von den gegenseitigen Verträgen und ihre Anwendung auf Kauf und Miete. Erlang. Diss. 1898.

13) Schon vor der endgültigen gesetzlichen Festlegung hatte Bernhöft „Kauf, Miete und verw. Verträge im Entw. usw." S. 2 u. 3 darauf hingewiesen, mit derartigen Verallgemeinerungen habe sich der Gesetzgeber auf ein höchst gefährliches Gebiet begeben. „Das Gebiet der Verträge sei ein so ungeheures, daß kein Mensch vorher wissen könne, ob diese allgemeinen Regeln nicht für einzelne Verträge zu ganz unmöglichen Ergebnissen führten."

Nun faßt man nach meiner Ansicht das Problem der Einordnung der acht Paragraphen (§§ 320—327) zu eng[14], wenn man es nur in der Sonderregelung der einzelnen Schuldverhältnisse berücksichtigt.

Es ist vielmehr zweiseitig:

Denn die Regeln über die gegenseitigen Verträge sind ihrerseits schon wieder „besondere" gegenüber dem noch allgemeineren obligatorischen Vertragsrechte, und das Bürgerliche Gesetzbuch beschäftigt sich auch schon im ersten Abschnitt und im ersten Titel des zweiten Abschnittes des zweiten Teiles mit Nichterfüllung von Vertragspflichten, Unmöglichkeit und Verzug.

Will man daher die Anwendbarkeit der §§ 320—327 im Gebiete des besonderen Obligationenrechts untersuchen, so ist es m. E. unausweichlich, zuvor nicht allein den Inhalt dieser §§ 320—327 in und unter sich selbst klarzustellen, sondern namentlich auch die Stellung dieser Bestimmungen zu den noch allgemeineren Vorschriften nachzuprüfen.[15]

Vor jeder Einzelerörterung aber sind in erster Linie die entscheidenden systematischen Gesichtspunkte zu ermitteln, von denen aus ein Überblick über alle diese Sonderregeln allererst ermöglicht wird.[16]

§ 2. Geschichtlicher Rückblick.

Zuvörderst aber mag eine Übersicht über die Geschichte der Verallgemeinerung und Voraussstellung dieser acht Paragraphen über den gegenseitigen Vertrag hier eine Stelle finden:

In der römischen Rechtslehre wird man solche allgemeinen Regeln über den gegenseitigen Vertrag nicht suchen dürfen.

---

14) Und diese zu enge Fassung hat m. E. vielleicht zumeist dazu beigetragen, daß eine Einigung sich bislang nicht hat erzielen lassen und das Problem als besonders schwierig aufgefallen ist. — Endemann a. a. O. spricht von den „großen Schwierigkeiten, denen die Auslegung und Anwendung der in den genannten Paragraphen als angeblich allgemeingültig vorangestellten Grundsätze begegnet". Auch Stammler, Schv. S. 106, der die Regelung der Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen „sehr sachgemäß und den neuzeitlichen Phänomenen durchaus angepaßt" erachtet, hebt hervor, daß sie „vielleicht gerade deshalb schwierig und verwickelt ausgestaltet worden und sowohl für die wissenschaftliche Übersicht, als auch zwecks praktischer Anwendung keineswegs ganz leicht zu übersehen ist". — Vgl. auch Bernhöft a. a. O. S. 45: „Stoff zu schönen Arbeiten geben solche Zweideutigkeiten allerdings, und ein findiger Advokat würde viel damit machen können." — Kleineidam S. 162 vertritt die Ansicht, eine erschöpfende Darstellung aller dieser Vorschriften lasse sich kaum durchführen; „sie dürfte aber auch bei der engen Beziehung, in welcher diese einzelnen Bestimmungen mit den Materien und Verhältnissen bestehen, für welche die besondere Bestimmung getroffen ist, kaum ersprießlich sein".

15) Diese beiden Probleme — Klarstellung der §§ 320—327 in sich und zu der noch allgemeineren Regelung — sind im „ersten Teile" dieser Schrift (§§ 4—6) erörtert.

16) Dies ist in § 3 der Einleitung unternommen.

Die römische Jurisprudenz hat nicht einmal einen allgemeinen Begriff des gegenseitigen Vertrages gekannt.[1] Sie hat die am meisten charakteristische Rechtsfolge dieses Vertrags, die exceptio non adimpleti contractus, nur für den Kaufvertrag besonders geregelt.[2] Selbst „der Gedanke der Gegenseitigkeit[3] ist kein ursprünglicher Gedanke des römischen Zivilrechts. Das spezifisch Römische ist die Einseitigkeit", die römische Jurisprudenz löste das gegenseitige Verhältnis in zwei einseitige Stipulationen auf.[4] „Bis zuletzt[5] hat sich nicht wesentlich die Jahrhunderte lang gepflegte Gewöhnung geändert, die substantiell zweiseitigen Geschäfte des Lebens, wie Kauf, Miete, Gesellschaft, in die Form von zwei einseitigen Verträgen zu bringen, in ihnen juristisch nicht einen einzigen, sondern zwei Kontrakte zu erblicken."[6]

Kann man sonach in der römischen Rechtslehre[7] keine allgemein vorangestellten Rechtsfolgen für gegenseitige Verträge erwarten, so finden sich selbst die ersten Anfänge dazu in der gemeinrechtlichen Litteratur ziemlich spät. Natürlich war es zumeist die streng technische Verwendung von zwei actiones directae gegenüber den condictiones und den actiones contrariae, welche auffiel und zur Zusammenstellung eben derjenigen Kontrakte führte, bei denen sie in den Quellen erschien. Diese Zusammenstellung aber führte zugleich auch zu der

1) Savigny, Obl. Recht II S. 2.

2) l. 25 D. de em. vend. 19, 1; l. 31 § 8, l. 57 pr. D. de aed. ed. 21, 1 l. 5 § 4. D. de exc. doli 44, 4; sie gibt dem Käufer die exceptio mercis non traditae, dem Verkäufer aber die exceptio doli ganz allgemein — v. d. Pfordten Abh. S. 322.

3) „Obwohl doch die meisten Verhältnisse des obligatorischen Verkehrs zweiseitiger Art sind, und niemand daran zweifelt, daß sie auch bereits dem altrömischen Leben bekannt gewesen sind."

4) Ausgeführt von Ihering im Geiste des römischen Rechts (Bd. III S. 190). Vgl. nexum, Literalkontrakt und Stipulation als einseitige zivile Geschäfte; die zweiseitigen entstammen dem jus gentium. — Diese Einseitigkeit wird von Stahl erklärt durch die „Beschränktheit der ethischen, der Verbindung der Pflicht mit dem Recht widerstrebenden Auffassung der Römer"; von Ihering durch die „Zweckmäßigkeitsgründe, denen die Analytik des Rechts überhaupt ihren Ursprung verdankt." „Die einseitige Obligation ist nicht bloß die einfachste Obligationsform im analytischen Sinn, sondern auch im praktischen Sinn, d. h. die am leichtesten zu handhabende."

5) Kuntze, Kursus I S. 364 schließt aus l. 19 D. 50, 16, „daß es schon Labeo und zuerst er besonders war, welcher mit prinzipieller Entschiedenheit die Ideen der ultro citroque obligatio aufstellte und dafür auf den im Worte συνάλλαγμα ausgedrückten Wirtschaftsgrund verwies."

6) Dernburg, Kompensation S. 67 ff.: „Dem römischen Rechte ist die Anschauung, das ganze Rechtsverhältnis als eine ‚Einheit' aufzufassen, fremd; erst die spätere Zeit milderte z. T. die Schroffheit des ursprünglichen Prinzips." Zuweilen wird hier bei der Bewertung die Komparation verwendet; vgl. v. d. Pfordten Abh. S. 316: „die Vollendung des Vertragsbegriffs und deshalb den Höhepunkt des Systems der selbständigen Verträge bilden die wesentlich zweiseitigen."

7) Ganz abgesehen von der kasuistischen Behandlungsmethode.

Festsetzung einer allgemein gültigen Einrede des nichterfüllten Vertrages.[8]

Noch vor hundert Jahren war diese exceptio non adimpleti contractus die einzige praktische Rechtsfolge, die man von den zweiseitigen Verträgen lehrte.[9] Selbst Thibaut behandelte im Kapitel von den gegenseitigen Verträgen nur die beiden actiones directae und die exceptio non adimpleti contractus.[10]

Die Zusammenstellung der acht Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 320—327) unter ihrem gemeinsamen Titel „Gegenseitiger Vertrag" ist jedenfalls erst ein Werk der Redaktionskommission. Noch der erste Entwurf[11] enthielt im ersten Titel unter III „Inhalt der Schuldverhältnisse aus Verträgen" — ohne besonderen Unterabschnitt für gegenseitige Verträge — in §§ 362—367 die Vorschriften für die bloße Nichterfüllung, in § 368 Abs. I die Unmöglichkeit, die weder der eine noch der andere Teil zu vertreten hat, in § 368 Abs. II u. III die vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit und § 369 die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit. Es fragt sich aber hauptsächlich, woher aus der bisherigen Rechtslehre der Inhalt der allgemeinen Bestimmungen in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen worden ist.

Die Bestimmung des B.G.B. § 321, der das sogenannte beschränkte Leistungsverweigerungs- oder Zurückhaltungsrecht bei der Vorleistungspflicht festsetzt, scheint die kürzeste Geschichte zu haben, sie fehlte im ersten Entwurfe noch ganz; sie bildete den § 272 des 2. Entwurfs

---

8) Zanger soll sie in seinem Traktat de exceptionibus (1586) zuerst gebraucht haben; doch habe ich sie in dieser Schrift nirgends entdecken können. — Vgl. übrigens Glück, Bd. 17 S. 229: „Auch im kanonischen Rechte findet sich die gedachte exceptio nicht wörtlich, so deutlich es auch die Billigkeit derselben in der Regel anerkannt: „Frustra sibi fidem quis postulat ab eo servari cui fidem a se praestitam servare recusat."

9) Savigny, Obl.R. S. 12 stellt die Unterscheidung auf, ohne zu erwähnen, welche Rechtsfolgen sich daran knüpfen.

10) System des Pandektenrechts (Jena 1803). Im Obl.R. zweiter Teil: „Persönliche Rechte" kennt er die Einteilung in ein- und gegenseitige Verträge nicht (vgl. § 1065); in seinem „allgem. Teile" dagegen ist §§ 151 f. eine Ausführung obigen Inhaltes enthalten; vgl. auch Puchta, Pand. § 232.

11) Ausdrücklich mag hierbei konstatiert werden, daß der Dresdener Entwurf eine zusammenstellende Behandlung der Vorschriften über den gegenseitigen Vertrag nicht kennt. Die exceptio non adimpleti contractus ist in Art. 150 ff. unter „Rechte und Verpflichtungen aus Verträgen a) im allgemeinen" behandelt. Die Unmöglichkeitsregelung für die gegenseitigen Verträge ist derjenigen für die anderen Obligationen jeweils angeschlossen (Art. 276 ff.); ebenso gelegentlich anknüpfend ist die Regelung beim Verzuge (Art. 308).

und den § 315 der Bundesrats- und Reichstagsvorlage. Allein wer in den Grundsätzen und Anschauungen der Naturrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts Bescheid weiß, erinnert sich sofort, daß gerade der in diesem Paragraphen ausgedrückte Rechtsgedanke nur den letzten Rest eines Rechtsinstituts bedeutet, für welches ehedem ein weites — eigentlich über alle rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen ausgedehntes — Anwendungsgebiet in Anspruch genommen wurde, für welches die strenge Zivilrechtsdoktrin des usus modernus in den Quellen keine Anhaltspunkte und die naturrechtlichen Kodifikationen nur hie und da einen Platz fanden, nämlich die clausula rebus sic stantibus.[12] Und wenn auch in erster Linie „die im Verkehr herrschenden Anschauungen" und „die Billigkeit" die Kommission des zweiten Entwurfs nach den Protokollen[13] zur Einschiebung dieser Vorschrift bestimmt haben, so ist sie sich doch bewußt gewesen, das alte naturrechtliche Institut, wenn auch sehr abgemildert, übernommen zu haben.

Als eine völlige Neuschöpfung der Technik des Bürgerlichen Gesetzbuches wird die allgemeine Regelung der nachfolgenden Unmöglichkeit (§§ 323—325) und des Verzuges (§§ 326, 327) bei gegenseitigen Verträgen angesehen. Die Berechtigung dieser Annahme läßt sich jedoch bezweifeln. Was zunächst das gemeine Recht anlangt, so lehrte Dernburg zwar bei der Lehre vom „Unmöglichwerden der Leistung", das er als Tilgungsgrund der Obligationen auffaßt, nur den Satz[14]: „Was die gegenseitigen Verträge angeht, so erlischt mit der Unmöglichkeit der Erfüllung seitens des Vermieters auch die Verpflichtung des Mieters. Dagegen erhält sich in anderen Fällen der Anspruch des Teils, dessen Gegenverpflichtung zufälligerweise untergeht,

12) Hierüber ausführlich Stammler Schv. S. 89ff.; vgl. Schollmeyer Note 2 a. E. zu § 321: „Man kann in diesem Verweigerungsrechte des Vorleistungspflichtigen eine Anwendung der clausula rebus sic stantibus erblicken. Nur muß man sich gegenwärtig halten, daß ihre Wirkung sehr gemildert ist. Denn während nach der von den älteren gemeinrechtlichen Praktikern und auch von den Partikularrechten (vgl. §§ 377—384 I 5 A.L.R.) vertretenen Meinung die clausula rebus sic stantibus zum Rücktritt vom Vertrag führte, berechtigt sie jetzt nur zur einstweiligen Verweigerung der Leistung."

13) Prot. I S. 631: In diesem beschränkten Maße sei die clausula rebus sic stantibus anzuerkennen. Die Vorschrift finde im Entwurf selbst eine Analogie im § 458 und schließe sich den auf das Darlehnsversprechen bezüglichen Bestimmungen des A.L.R. I 11 §§ 656—657, schweiz. Bundesges. Art. 332 Abs. 1 sowie einer in Theorie und Praxis des gemeinen Rechts vertretenen Ansicht an (R.O.H.G. Bd. 23 S. 137).

14) Pand. II S. 186 der 4. Aufl. (§ 68 Nr. 3) mit dem Bemerken, das sei bei den einzelnen Geschäften näher auszuführen.

dies ist wenigstens die Regel beim Verkaufe." Wenn man aber berücksichtigt, daß Windscheid[15] in seinem Kapitel von den gegenseitigen Verträgen außer der exceptio non adimpleti contractus die Lehre vom sogenannten Reurechte behandelt und außer der Besprechung der hinkenden Verträge noch die Fragen untersucht, wie es mit dem Anspruch stehe, wenn die Verbindlichkeit des andern Vertragschließenden durch Erfüllung oder anderweitige Befriedigung des Gläubigers wegfalle, oder wenn für eine der vertragschließenden Parteien wegen eines entgegenstehenden Ungültigkeitsgrundes eine Verbindlichkeit überhaupt nicht zustande komme: so ist schon hieraus ersichtlich, daß unter dem Gesichtspunkte der gegenseitigen Verträge in der jüngsten gemeinrechtlichen Doktrin auch die hier interessierenden Fragen wenigstens gestreift wurden.

Bei der hohen Schätzung, die neuerdings Arnold Heise als dem „Schöpfer unseres Zivilrechtssystems" entgegengebracht wird, ist die gemeine Meinung geneigt, ihm und seinem System auch hier die bahnbrechende Voranstellung zuzuschreiben. Das würde aber durchaus nicht zutreffen. Er hat zwar[16] für die Anordnung des Obligationenrechtes die Bedeutung, daß er den Versuch machte, die einzelnen Obligationen nicht mehr, wie es sonst geschah, nach ihren Entstehungsgründen, sondern „nach ihrem Inhalte und Gegenstande" zusammenzustellen.[17] Über die hier interessierenden Fragen sagt er jedoch nichts. Aber auch die Speziallitteratur des gemeinen Rechts ist wenig ergiebig. Die Hauptschrift, die auch von den Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches als Grundlage herangezogen ist,[18] Mommsens „Beiträge zum Obligationenrecht", erwähnen die gegenseitigen Verträge nur ganz nebenher.[19] Doch schon die Glückschen Pandektenerläuterungen behandeln in dem Abschnitt „de pactis"

15) Pand. II § 321.

16) Grundriß eines Systems des gemeinen Zivilrechts (3. Aufl. 1834 [1. = 1807; 2. = 1816]) Vorrede S. 10. — Systeme „nach Inhalt und Gegenstand" auch bei Mühlenbruch, Puchta, Seuffert, Wening-Ingenheim. Heises Zusammenstellung ist namentlich von Bedeutung, wenn man berücksichtigt, daß das System der einzelnen Obligationen des Gaius und Justinian noch von Donellus, Hofacker, Thibaut, Mackeldey, Schweppe mit wenigen Abweichungen befolgt ist (v. d. Pfordten Abhandlungen S. 302).

17) Vgl. auch Savigny, Obl. R. II S. 12: „Auf den Inhalt der erzeugten Obligation bezieht sich die Einteilung in einseitige und zweiseitige (oder gegenseitige) Verträge."

18) Vgl. Entsch. R. G. Bd. 54 S. 102.

19) Auch Hartmann, Die Obligation (1875), dessen 2. Hälfte „Untersuchungen über den Bau der Obligation mit besonderer Rücksicht auf die Lehre vom Einfluß der Unmöglichkeit der Leistung" (S. 117—271) enthält, erörtert die gegenseitigen Verträge nicht im Zusammenhange.

bei den „Bilateralverträgen": „actiones utrimque directae", „Ausflucht des nicht erfüllten Vertrages", „negotia claudicantia" und „einseitiges Zurücktreten vom Vertrage (Reue)."[20] Sodann wird anschließend an das Kapitel „Von der Wirkung des Vertrages in Absicht auf die Leistung des versprochenen Objekts", unter anderem die clausula rebus sic stantibus erörtert. Auch wird die Frage behandelt[21] „inwiefern die Unmöglichkeit von der Erfüllung des Versprechens befreie"; es wird die Lehre vom vorsätzlichen[22] und fahrlässigen[23] Schaden auseinandergesetzt, die Begriffe von casus und[24] periculum untersucht sowie die Kapitel angefügt: „Wer trägt den Unglücksfall?"[25] und „Wer ersetzt den Unglücksfall?"[26] Während aber in der späteren Pandektenlitteratur die stete besondere Berücksichtigung der synallagmatischen Verträge wieder verloren geht, ist es interessant, daß bereits die Regeln des Gesetzbuches über den „gegenseitigen Vertrag" in gleicher Auffassung eine fundamentale Durchführung und Betrachtung gefunden haben, in einer inzwischen wohl wieder vergessenen Schrift v. d. Pfordtens „Über die Aufstellung eines praktischen Systems der Verträge".[27] Dieser findet die Zusammenstellung der Vorschriften über die gegenseitigen Verträge schon in der Anordnung der Digesten.[28] Und zwar sollen handeln:

1. D. XII—XIII, 1—5: von streng einseitigen Verträgen (Kondiktionen),
2. D. XIII, 6, 7; XIV, 1—3; XVI, 3—XVII, 1: von denjenigen Verträgen, welche ihrem Begriffe nach einseitig seien, doch Gegenforderung zuließen (actiones contrariae),
3. D. XVII, 2—XIX: von den ihren Begriffen nach zweiseitigen Verträgen.[29]

---

20) Bd. IV S. 290; daselbst S. 286 bei Note 3, daß „einige die Einteilung in einseitige und zweiseitige Verträge ganz verwerfen".
21) Bd. IV S. 303 ff. § 316, S. 312 ff. § 317.
22) § 320. 23) §§ 321—323.
24) § 325 — „Periculum" gleichgesetzt S. 367.
25) § 326[a].
26) § 327 daran anschließend § 328 Begriff von mora: Was ist mora debitoris? Was mora creditoris? § 332 Lehre vom Interesse. Dann folgen §§ 334 ff. Zeitbestimmung, modus, Bedingung.
27) Abh. Nr. 4.
28) S. 304—305. Diesem System soll nach S. 305 Note o das von Stahl (Philosophie des Rechts Bd. 2 S. 153 Note 4) ähneln, „das offenbar philosophisch gefunden sei". Und dies überzeugt v. d. Pfordten um so mehr von der Brauchbarkeit und inneren naturgemäßen Wahrheit seines Systems.
29) Gans, „Über röm. Obl. R. 1819" meinte dagegen, man müsse negotia stricti juris und bonae fidei gegenüberstellen. Hieran ist nach v. d. Pfordten S. 304 nur

Unter der zusammenfassenden Überschrift „Gegenseitige Verträge auf Austausch" erörtert er[30] außer den actiones utrimque directae: Haftung jedes Kontrahenten für omnis culpa, objektive Äquivalente, die exceptio non adimpleti contractus bei Zug um Zug- und Vorleistung, dann aber hauptsächlich die Frage[31], welchen Einfluß die Unmöglichkeit der einen Leistung auf die andere hat. Und er hebt als einen besonderen Vorteil seines Systems gerade hervor[32], daß es ermögliche, die genannte Frage ganz allgemein aufzunehmen. Weniger allgemein allerdings — um dies gleich hier zu Ende zu führen — ist seine Antwort auf die allgemeine Frage: Er unterscheidet, wie ihm dies beim Quellenstande wohl auch kaum anders möglich war: bei dolus oder culpa: Recht des andern auf Schadensersatz, auf dauernde Leistungsweigerung und auf Herausgabe des Erlangten. Sodann aber bei Zufall: a) Zug- um Zug-Leistungen: das Recht auf die Gegenleistung bleibt erhalten[33], b) Vorleistung (des einen Kontrahenten nach der Natur des Vertrages): Es kommt darauf an, ob ihm, dem Schuldner, die Leistung oder dem Gegenteile die Annahme unmöglich wird; im ersten Falle soll er sein Recht auf die Gegenleistung verlieren (und die etwa empfangene zurückgeben); im zweiten soll er die Gegenleistung fordern dürfen.[34] —

Weniger bedeutsam sind für die Geschichte der allgemeinen Vorschriften über Unmöglichkeit und Verzug bei gegenseitigen Verträgen die

---

soviel richtig, daß ein Merkmal, welches hauptsächlich den Gegensatz der negotia stricti juris und bonae fidei mit bestimme, eben die Einseitigkeit oder Gegenseitigkeit, noch bestehe und von praktischem Einflusse sei.

30) S. 318 ff.

31) S. 323.

32) S. 336.

33) Höchst interessant ist die Begründung S. 324: „Die Gesetze sprechen dies nur beim Kauf aus, allein dies ist kein Grund, den Satz auf den Kauf zu beschränken. Die Gesetze erwähnen dies nicht als Folge des besonderen Inhalts des Kaufvertrags oder als Singularität, sondern als Folge davon, daß er mit dem Konsense zu gleichzeitiger Leistung verpflichtet."

34) S. 325. Die Argumentation ist entsprechend wie die in Note 33 mitgeteilte: in den Quellen findet sich der Satz nur für die Miete (vgl. Tit. Dig. 19, 2 l. 15 § 6, l. 19 § 6, l. 27 pr., l. 30 § 1, l. 19 § 9, l. 38 pr., l. 61 § 1), aber mit genereller Begründung, so daß hier dasselbe gilt, was vorhin vom Kaufe gesagt wurde. — Vangerow, Bd. 3 § 591: „Von Einfluß der obligatio auf periculum und commodum" teilt ein: Zweiseitige Obligationen, welche eine Sachleistung zum Gegenstand haben: Der Schuldner, dem die Erfüllung seiner Verbindlichkeit unmöglich wird, wird von seiner Verpflichtung befreit und behält den Gegenanspruch; Zweiseitige Obligationen, bei denen auf der einen Seite eine Gebrauchsüberlassung oder eine Dienstleistung versprochen wird: Verlust des Gegenanspruchs. Die Begründung ähnlich wie bei v. d. Pfordten: extensive Interpretation des in den Quellen für Kauf und Miete Normierten.

Partikularrechte[35], von deren eingehender Erörterung daher auch hier abgesehen werden soll. Hervorgehoben werden mag nur, daß das preußische allgemeine Landrecht den Begriff der einseitigen und gegenseitigen Verträge überhaupt nicht erwähnt;[36] diesen vielmehr erst die spätere preußische Rechtslehre aus § 271 I 5 herleitet.[37] Bei den gegenseitigen Verträgen behandelt Förster-Eccius nur die exceptio non adimpleti contractus[38] und Dernburg[39] erwähnt nur beiläufig auch das „nicht selten vorkommende Recht des Rücktritts vom zweiseitigen Vertrage" als eine „im preußischen Recht freilich wenig prinzipiell entwickelte Manifestation des Gedankens der Zusammengehörigkeit zweiseitiger Obligationen".

Für die Bestimmungen über die Unmöglichkeit und den Verzug bei gegenseitigen Verträgen[40] wird zuweilen auch das allgemeine deutsche

35) Östr. Gb. statuiert § 864 „Verträge sind einseitig oder zweiseitig verbindlich, je nachdem nur ein Teil etwas verspricht und der andere es annimmt, oder beide Teile einander Rechte übertragen und wechselseitig annehmen. Die ersteren werden also ohne Entgelt, die andern aber mit Entgelt geschlossen"; und setzt sodann §§ 921—935 „Bestimmungen entgeltlicher Verträge und Geschäfte" fest, wobei aber nur Gewährleistungsansprüche erörtert werden. — Das Sächs. Gb. behandelte unter „Erfüllung der Verträge" (im 3. Teil 3. Abschn. „Entstehung der Forderungen II. Verträge Nr. 11") §§ 859—862 exceptio non adimpleti contractus und — für alle Verträge — § 863 Beweisregelung bei mangelhafter oder unvollständiger Lieferung; § 864: Kein einseitiger Rücktritt bei Nichterfüllung des anderen, auch nicht wegen clausula rebus sic stantibus oder wegen Mißverhältnisses; § 865 etwa = B. G. B. § 361; aber für alle — nicht bloß die gegenseitigen — Verträge. Daran schlossen sich (Nr. 12 §§ 866—870) Regeln über den „Übergang der Gefahr": Der Satz periculum est emtoris wird ausgedehnt auf alle Spezies veräußerungen. Der Einfluß von Verschuldung und Verzug findet sich schon früher unter „Erfüllung der Forderungen" (3. Teil 2. Abschn. unter Nr. V u. VI). Des gegenseitigen Vertrages wird jedoch dabei nicht besonders gedacht. Auch beim Verzug findet sich nichts Besonderes.

36) Vgl. aber trotzdem im A. L. R.: exceptio non adimpleti contractus: (mit dem bekannten andern Standpunkte) §§ 232, 271 I 5; auch § 393 eod., aber auch § 408 — zufällige Unerfüllbarkeit: §§ 364—376; „der Vertrag wird für aufgehoben angesehen" (dies nur für die „objektive" Unmöglichkeit: Förster-Eccius I § 87, 2) — Unmöglichkeit wegen des anderen Teils: § 361 I 5 — verschuldete Unmöglichkeit: § 360 eod.; beiderseitiges Verschulden § 362 fg.

37) Förster-Eccius I § 72 g. E. — Das A. L. R. kennt nur die Einteilung in lästige und wohltätige Verträge §§ 7, 8 I 5; dies fällt, wie Förster-Eccius a. a. O. ausführt, nicht ganz zusammen, indem nicht jeder einseitige Vertrag ein wohltätiger ist; so auch Savigny Obl. R. II S. 13, daselbst weiter auch, daß sich diese Einteilung gar nicht auf die juristische Seite des Geschäftes beziehe. Auch diese Auffassung des Landrechts entstammt wohl dem Naturrechte, vgl. z. B. Thomasius Institutiones jurisprudentiae divinae L. 2 cap. VII „de officio paciscentium" § 1 Nr. 5: pactum est vel gratuitum, cum unus dumtaxat se obstringit, vel mutuum cum uterque. — Hier ist der „gegenseitige" Vertrag definiert aber dem „wohltätigen" gegenübergestellt.

38) Förster-Eccius I § 83.

39) Dernburg, Preußisches Priv. R. Bd. 2 § 45.

40) Vgl. Buchka, B. G. B. u. gem. R. S. 81; Reatz, Entw. 2. Les. I S. 143 Note 3.

Handelsgesetzbuch als Vorläufer bezeichnet. Wenn man allein darauf sieht, daß der erfüllungsbereiten Vertragspartei die Wahl zwischen Schadenersatz oder Abgehen vom Vertrage freigestellt wird, so ist es wohl richtig, daß sich in diesem Handelsgesetzbuch die ersten Vorläufer auch der Wahlrechte der B.G.B. §§ 323 ff. finden. Die vom systematischen Gesichtspunkte aus indessen in erster Linie interessierende Frage: unter welchen Voraussetzungen das Handelsgesetzbuch die Wahlrechte gibt, legt klar, daß sie dort durchaus nicht für den gegenseitigen Vertrag ganz allgemein aufgestellt sind, sondern nur für den Kauf, und zwar auch nur für den Verzug beim Kaufe.[41] Nun dehnt zwar Art. 338 des Handelsgesetzbuchs die Bestimmungen über den Kauf auf alle Handelsgeschäfte aus, deren Gegenstand in der Lieferung vertretbarer Sachen gegen einen bestimmten Preis besteht. Das Anwendungsgebiet der Wahlrechte nach dem alten Handelsgesetzbuche kommt also dem jetzigen nach dem bürgerlichen Gesetzbuche bereits beträchtlich näher. Und es ist von großem Interesse, daß ähnliche Wahlrechte bereits im preußischen Entwurf zum Handelsgesetzbuch (vgl. Art. 250) für den Fall festgesetzt wurden, „wenn bei einem zweiseitigen Vertrage (welcher von seiten eines oder von seiten beider Teile ein Handelsgeschäft ist) einer der Kontrahenten mit der Erfüllung im Verzuge" war. Nur beiläufig mag bereits an dieser Stelle erwähnt werden, daß die Gewährleistungsvorschriften beim Kauf des Bürgerlichen Gesetzbuches im ersten Entwurfe auch ganz allgemein (der preußisch landrechtlichen Systematik folgend)[42] von allen gegenseitigen Verträgen verordnet waren.[43] Nach dem Bürgerlichen

41) Art. 354, 355 geben beim Verzug des andern Teils dem Verkäufer Rechte auf Erfüllung und Ersatz für Verspätung, Selbsthilfeverkauf, Schadenersatz und Abgehen vom Vertrage; dem Käufer auf Erfüllung und Ersatz für Verspätung, Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Abgehen vom Vertrage.

42) Im A.L.R. werden die Gewährleistungsansprüche allgemein erörtert: I 5 §§ 317—348 (hierzu Förster-Eccius I § 84 „in den römischen Quellen hauptsächlich in Beziehung auf den Kauf entwickelt, aber auch schon im römischen Rechte, mehr noch im heutigen gemeinen, von allgemeinerer Anwendung") vgl. auch I 11 §§ 135—214 (Kauf), §§ 367—370, 372 (Tausch), §§ 484—486 (Erbschaftskauf); I 21 §§ 418 bis 432 (Pacht), auch sonst z. B. § 23 I 20 (Pfandvertrag), I 16 § 242 Angabe an Zahlungsstatt.

43) B.G.B. 1. Entw. enthielt sie in §§ 370 ff.: Wer sich durch Vertrag zur Veräußerung einer Sache verpflichtet (Veräußerer), hat dem andern Vertragschließenden (Erwerber) [§ 370] das Eigentum an der Sache zu verschaffen und [§ 381] haftet dem Erwerber dafür, daß die Sache in dem Zeitpunkt, in welchem die Gefahr auf den Erwerber übergeht, auch die zugesicherten Eigenschaften hat, haftet auch dafür, daß die Sache in demselben Zeitpunkt nicht solche Mängel hat, welche den Wert oder die Tauglichkeit derselben zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern.

Gesetzbuch (§ 493) haben sie ja auch auf alle „Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind"[44], entsprechende Anwendung zu finden; sind also auch für die theoretisch systematische Betrachtung von diesem allgemeineren Gesichtspunkte aus von allem Anfang an zu betrachten.

Höchst zweifelhaft ist, ob man eine Kontinuität der Verzugsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches[45] für den gegenseitigen Vertrag noch über das allgemeine Handelsgesetzbuch und dessen Vorarbeiten zurück annehmen kann;[46] doch wird von denjenigen, die das französische Recht in den Kreis ihrer Betrachtungen gezogen haben[47], der Art. 1184 des code civil und von anderen das ältere deutsche Recht zuweilen als letzte Quelle angeführt.[48]

Zum Schlusse mag noch erwähnt werden, daß der zweite Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter dem Titel vom gegenseitigen Vertrag als § 278 auch eine Vorschrift enthielt, die erheblich abgeschwächt als eine Auslegungsregel jetzt im § 361 des Bürgerlichen Gesetzbuchs erscheint.[49])

---

44) Auch der Dresdener Entwurf (Art. 153 fg. Gewährleistung wegen Entwährung und Art. 175 ff. Gewährleistung wegen Mängel der Sache) stellt die ädilizischen Rechtsbehelfe ganz allgemein voraus, und auch im sächs. Gb. steht die Rechts- und Mängelgewähr im allgemeinen Obligationenrecht §§ 899—952.

45) Die besondere Bestimmung des Rücktrittsrechts des B.G.B. § 326, die spezifisch synallagmatische Verzugsfolge, wie zu erörtern ist, fehlte im ersten Entwurf des B.G.B. als besonderer Paragraph; aber der erste Entwurf § 369 wollte dasselbe wie für den Unmöglichkeitsfall (Abs. 2) auch für den Fall bestimmen, „wenn die Leistung infolge des Verzugs des Schuldners für den Gläubiger kein Interesse hat". Diese Bestimmung ist im zweiten Entwurf gestrichen und durch die Vorschrift des § 277 (= B.G.B. § 326) ersetzt. Vgl. Meisner, Schuldverhältnisse Note 4 zu § 325 eod. § 326 Note 1.

46) Im gemeinen Rechte findet sich jedenfalls bei der Lehre vom Verzuge nichts Besonderes für die gegenseitigen Verträge; vgl. Dernburg, Pandekten II §§ 40—43, Windscheid, §§ 276—281.

47) Barre, B.G.B. u. c. c. § 94 führt aus: Die Regelung des § 326 sei im Anschluß an Art. 1184 c. c. erfolgt (nur mit Ausschluß der im franz. Rechte für die „demeure" notwendigen Requisite der Gerichtsvollzieherakte oder schriftlichen Anerkenntnisse (vgl. c. c. 1139); so auch Paech, Leistungsverzug S. 150. — Vgl. Crome, Grundlehren des franz. Obl. R. S. 140.

48) So von Paech a. a. O. unter Berufung auf Meibom, Jahrbuch für gemeines R. Bd. 4 S. 485 ff.; Stobbe Bd. 3 § 184a. 12, 13, Stobbe-Lehmann Bd. 3 § 321a. 20, 21; Dernburg B.G.B. Bd. 2 S. 211 ff., Denkschrift S. 75.

49) § 278 des 2. Entw. ist in der Bundesratsvorlage § 321, in der Reichstagsvorlage kehrt Abs. 1 Satz 1 als § 351 wieder, aber nur als Auslegungsregel. Von der Reichstagskommission ist er dann gestrichen, sodann aber wieder als § 355a angefügt, weil es „angemessen erschien, diese Auslegungsregel an den Schluß der Bestimmungen über das Rücktrittsrecht zu stellen." Von Schreier S. 44 wird § 361 hinter § 326 wieder eingereiht.

§ 3. Zur Methode der Gesetzgebungstechnik.

Jede „selbständige", in sich geschlossene Gesetzesvorschrift enthält zweierlei: einen Tatbestand und eine Rechtsfolge.[1] Der Tatbestand ist die Voraussetzung der Rechtsfolge.[2]

Die „unselbständigen" Gesetzesvorschriften sind für sich allein überhaupt unverständlich und bedeutungslos.[3] Das gilt sowohl für die Fälle, in denen der Einzelvorschrift der Tatbestand fehlt[4], wie auch für diejenigen, in denen die Rechtsfolge nicht bezeichnet ist[5], erst recht daher auch für die, welche weder Tatbestand noch Rechtsfolge enthalten.[6]

In den selbständigen Gesetzesvorschriften dürfen die Rechtsfolgen an die Tatbestände nicht willkürlich angefügt werden; Tatbestand und Rechtsfolge soll vielmehr in jeder einzelnen sachlich „zusammenstimmen". Der Maßstab der Beurteilung dieses Zusammenstimmens liegt in der Methode des richtigen Rechtes, da alles positive Recht den (mit dem

---

1) Vgl. z. B. B.G.B. § 20: Sind mehrere in einer gemeinsamen Gefahr umgekommen, — so wird vermutet, daß sie gleichzeitig gestorben seien; B.G.B. § 1786 Nr. 2: Wer das sechzigste Lebensjahr vollendet hat, — kann die Übernahme der Vormundschaft ablehnen; B.G.B. § 923, § 1566, § 1567.

2) Für das Zivilrecht besonders hervorgehoben von Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht (1851) §§ 32 ff.; vgl. aber auch Binding, Normen, 2 Aufl., S. 7 „alle unsere Strafgesetze, mit Ausnahme der für sich allein bedeutungslosen, weisen den gleichen zweiteiligen Bau auf: Von diesen zwei Teilen enthält der erste, darstellende, die Voraussetzung des zweiten, anordnenden." Die Anordnung lautet entweder, es solle Strafe eintreten oder nicht.

3) „Unselbständig" würden namentlich die von Thöl a. a. O. § 35 sogenannten „begriffsentwickelnden" Rechtssätze sein: „sie dienen zur Auslegung . . ., indem sie entweder den Tatbestand oder das Recht [ich würde sagen: die Rechtsfolge], worauf diese [die »selbständigen«, bei Thöl: die »verneinenden« und »berechtigenden«] deuten, entwickeln. . . . Ein solcher Rechtssatz ist für sich allein bedeutungslos, nimmt und gibt kein Recht, er wird bedeutend erst in Verbindung mit einem verneinenden oder berechtigenden Rechtssatz, welcher für den Tatbestand, dessen Begriff entwickelt ist, das Recht oder für das Recht, welches entwickelt ist, den Tatbestand festsetzt."

4) Vgl. z. B. die „Blankettgesetze" des Strafrechts; B.G.B. §§ 249—253 (Schadensersatz); § 256 f. (Ersatz von Aufwendungen); § 258 (ius tollendi); § 259 (Rechenschaftslegung).

5) Vgl. B.G.B. § 104: der Inhalt der Rechtsfolge „Geschäftsunfähigkeit" wird erst in § 105 ausgedrückt; auch B.G.B. § 1: die im Begriffe „Rechtsfähigkeit" zusammengefaßten Rechtsfolgen sind nicht normiert, der Begriff wird mit dem in der bisherigen Rechtswissenschaft ausgearbeiteten Inhalte übernommen.

6) Dies sind namentlich die Paragraphen, welche bloße Definitionen enthalten, z. B.: B.G.B. § 90 (Sachen), § 91 vertretbare Sachen), § 92 (verbrauchbare Sachen), § 97 (Zubehör), § 99 (Früchte), § 100 (Nutzungen); vgl. aber auch § 644 Abs. 1 Satz 1 „Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werks": Tatbestand: zufälliger Untergang oder zufällige Verschlechterung des Werkes in der Zeit zwischen Vertragsschluß und Abnahme; Rechtsfolge: gänzlicher oder teilweiser Wegfall des Anspruches des Unternehmers auf Bezahlung.

Anspruche zwangsweiser Geltung ausgestatteten) Versuch darstellt, das objektiv Richtige festzusetzen.[7]

Jede positive Rechtsordnung enthält nun eine ganze Reihe von Tatbeständen, an welche die Rechtsfolgen angeknüpft sind; jede ist sozusagen eine Sammlung von (paradigmatischen) Entscheidungen.[8]

Diese gesetzlichen Tatbestände sind nur zu einem Teile derart voneinander unabhängig, daß sie einander gar nichts angehen, daß sie von völlig verschiedenen Dingen handeln.[9]

Zum anderen Teile stehen sie in mehr oder weniger enger Beziehung zueinander, insofern als einzelne Tatbestände andere bereits geregelte vollständig in sich aufnehmen und außerdem weitere Tatbestandsmerkmale enthalten[10], wieder andere Tatbestände bereits geregelte in allen oder einigen ihrer Tatbestandsmerkmale konkretisieren[11], oder auch

---

7) Vgl. Stammler, Lehre vom richtigen Rechte S. 29ff.; über die Idee des richtigen Rechtes vgl. Stammler, Wirtschaft und Recht 5. Buch 3. Absch. „Sozialer Idealismus" S. 572f., insbes. 588f., Lehre vom richtigen Recht S. 196ff. Das soziale Ideal ist die Idee einer Gemeinschaft frei (von subjektivem Drängen und Wünschen) wollender Menschen, einer Gemeinschaft, in der jeder die berechtigten Zwecke des anderen zu den seinigen macht, die Idee der sozialen Vollkommenheit. — Es ist auch kein Zweifel, daß vom Gesetzgeber die Rechtsfolgen in diesem Sinne normiert sind; vgl. Stammler, Lehre vom richtigen Rechte 3. Buch, Praxis des richtigen Rechts; auch Stammler, Bedeutung des B.G.B. für den Fortschritt der Kultur 1900. Die „Billigkeit", „Angemessenheit", die „begründeten Rechtsanschauungen" usw. sind nichts als verschiedene Ausdrücke für einen und denselben Gedanken, den des richtigen Rechts.

8) Ein Unterschied von der römischen Gesetzgebung des corpus juris civilis besteht nur darin, daß die Tatbestände unserer neueren Gesetze (vermöge der oben § 1 erwähnten allgemeineren Fassung der Vorschriften) aller „Zufälligkeiten" entkleidet erscheinen.

9) Vgl. etwa B.G.B. § 657: Wer durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung . . . aussetzt (ist verpflichtet, die Belohnung . . . zu entrichten); B.G.B. § 698: Verwendet der Verwahrer hinterlegtes Geld für sich (so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen).

10) Vgl. B.G.B. § 762 Abs. 1 Satz 1 (Tatbestand: zwei Leute haben gespielt oder gewettet) und eod. Abs. 1 Satz 2 (Tatbestand: zwei Leute haben gespielt oder gewettet, und einer hat etwas auf Grund des Spieles oder der Wette geleistet); B.G.B. § 965 Abs. 1 (es findet jemand eine verlorene Sache und nimmt sie an sich) und B.G.B. § 966 Abs. 2 (und die gefundene Sache ist leicht verderblich) oder auch B.G.B. § 978 (und der Fund geschieht in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder Verkehrsanstalt). — Diese wechselseitigen Beziehungen der gesetzlichen Tatbestände sind besonders hervorgehoben von Fitting, Die Grundlagen der Beweislast, in Buschs Ztschr. für deutschen Civ. Proz. Bd. 13 S. 1 ff., bes. S. 40, 41.

11) Vgl. B.G.B. § 688 (jemandem wird eine bewegliche Sache zur Verwahrung übergeben) und Depotgesetz vom 5. Juli 1896 § 1 (einem Kaufmanne werden im Betriebe seines Handelsgewerbes Aktien, Kuxe, Interimsscheine, Erneuerungsscheine, auf den Inhaber lautende oder durch Indossament übertragbare Schuldverschreibungen oder vertretbare andere Wertpapiere mit Ausnahme von Banknoten und Papiergeld unverschlossen zur Verwahrung . . . übergeben). — Auch diese „Konkretisierung" faßt

aus den geregelten Tatbeständen einzelne Tatbestandsmerkmale weglassen.[12] — Selten nur sind die an diese Veränderungen der zunächst geregelten Tatbestände angeknüpften Rechtsfolgen noch die gleichen, wie die zunächst festgesetzten.[13] In den meisten Fällen hat die positive Rechtsordnung die veränderten Tatbestände überhaupt nur aufgestellt, um daran auch veränderte Rechtsfolgen anzuknüpfen.[14]

Diese abgeänderten Vorschriften aber sollen nicht nur in sich wieder (in Tatbestand und Rechtsfolge) zusammenstimmen.[15]

Sie dürfen namentlich auch zu den bereits normierten Rechtssätzen nicht willkürlich in Widerspruch treten, sondern sie sollen inhaltlich auch zu diesen stimmen, wenn anders die Rechtsordnung in sich geschlossen und verständlich sein soll, und die Jurisprudenz eine Wissenschaft, d. h. ein auf Einheit des Bewußtseins gerichtetes Streben ist.[16]

Es ist sonach jede Gesetzgebung, sofern sie an die Regelung „veränderter" Tatbestände geht, an einen Grundsatz gebunden, den ich den Grundsatz der Schlüssigkeit (Folgerichtigkeit)[17] nennen und dahin fassen möchte:

Fitting a. a. O. S. 41 unter den Gegensatz von „Regel- und Ausnahmevorschrift": „Denn das Wesen jedes Ausnahmefalles besteht eben darin, daß er neben den Merkmalen des entsprechenden Regelfalles noch weitere, besondere Merkmale hat, welche ihn trotz des Daseins jener ersten der Herrschaft der Regel entziehen."

12) Vgl. B.G.B. § 648 Satz 1 (der Unternehmer hat ein Bauwerk fertiggestellt [das Erfordernis des Tatbestandsmerkmals der Fertigstellung folgt gerade aus eod. Satz 2]) und eod. Satz 2 (der Unternehmer hat ein Bauwerk begonnen, aber noch nicht fertiggestellt).

13) Vgl. B.G.B. § 440 Abs. 1, der (unten § 11) noch erörtert wird; ferner: B.G.B. § 323 Abs. 1 und H.G.B. § 617 (beim Seefrachtgeschäft ist für Güter, die durch irgend einen Unfall verloren gegangen sind, keine Fracht zu bezahlen); vgl. unten § 14; vgl. auch B.G.B. § 663 Satz 1 u. 2; B.G.B. § 1911 Abs. 1 Satz 1 u. 2.

14) Vgl. von den genannten Beispielen: etwa B.G.B. § 965 Abs. 2 (Fund: Ablieferungspflicht an die Polizeibehörde) und B.G.B. § 978 (Verkehrsfund: Ablieferungspflicht an die Anstaltsbehörden); ferner vgl. B.G.B. § 1074 (Nießbraucher einer Forderung: Rechtsfolgen §§ 1074, 1075) und § 1076 (Nießbraucher einer auf Zinsen ausstehenden Forderung: Rechtsfolgen §§ 1077—1079); B.G.B. § 912 Abs. 1 (Überbau; Rechtsfolge: Duldungspflicht des Nachbars) und eod. a. E. (Überbau und sofortiger Widerspruch des Nachbars: keine Duldungspflicht); vgl. auch B.G.B. § 844 Abs. 1 und 2.

15) Hierzu vgl. die „fortlaufende Selbstkorrektur" der Gesetzgebung bei Stammler, Privilegien und Vorrechte. Rektoratsrede (1903) S. 40.

16) Dieses Zusammenstimmen ist in erster Linie in der vorliegenden Schrift untersucht; sie will nicht so sehr als eine Monographie über ein einzelnes Rechtsgebiet, sondern als ein Beitrag zur Methode der Jurisprudenz (vgl. Jhering, Besitzwille Vorrede S. 8) aufgefaßt werden, dieser nach philosophischem Urteil „kompliziertesten aller Wissenschaften" (Wundt, Logik II (1883) S. 606). — Eine zweite Art der technischen Rechtslehre stellt die positiven Rechtssätze, diese Abstraktionen auf halber Höhe, auf die breite Basis der Einzelfälle. Dies dürfte im wesentlichen das Merkmal „kommentatorischer" Behandlung sein.

17) vielleicht auch „der Einheit der Rechtsordnung."

Eine schlüssig vorgehende Rechtsordnung darf eine einmal aufgestellte Rechtsfolge nur insoweit abändern, als dieses gerade durch die Abänderung des Tatbestandes begründet wird.[18]

Hieraus folgt aber weiter, und dieses erscheint mir für die Einordnung der besonderen Vorschriften in die allgemeinere Regelung unentbehrlich, daß die Untersuchung der Frage, ob eine besondere Vorschrift mit einer allgemeineren kollidiere und inwieweit sie diese etwa abändere, überall damit einsetzen muß, ob denn in den beiden zur Vergleichung gestellten Vorschriften die gesetzlichen Tatbestände überhaupt vergleichbar sind, und wie sich der eine in den andern einordnet oder worin er sich von ihm unterscheidet.

Alles dieses ist hier besonders deshalb hervorgehoben, weil in der bisherigen Litteratur sehr häufig von den Rechtsfolgen her (aus deren Ähnlichkeit oder Verschiedenheit) argumentiert worden ist[19], während, wie gesagt, das Einordnungsproblem eine zunächst im Bereiche der Tatbestände zu erledigende Frage darstellt.

In der Litteratur werden aber nicht allein Tatbestände und Rechtsfolgen als gleichartige Elemente der Rechtsvorschriften untereinander verglichen[20], sondern es wird mit diesem Problem der Veränderung gesetzlicher Tatbestände auch noch folgendes zusammengeworfen, was in grundsätzlich anderer Erwägung aufzunehmen und zu erledigen ist.[21]

---

18) Ob und inwieweit unser Bürgerliches Gesetzbuch diesem Grundsatz entsprechend verfahren ist, soll die Einzeluntersuchung zeigen. Eine dem Grundsatz entsprechende Gesetzesregelung vgl. in den bisherigen Beispielen etwa in B.G.B. § 966 (gewöhnlicher Fund: Aufbewahrungspflicht; Fund von Sachen, deren Verderb zu besorgen ist: Wegfall der Aufbewahrungspflicht); auch § 978 (Verkehrsfund: Ablieferung an die Verkehrsanstalt), Depotgesetz usw. — Zweifelhaft dagegen: § 978 (Verkehrsfund: Wegfall des Finderlohnes); ferner unten: § 442 zur Beweislast des Klägers bei der exceptio non adimpleti contractus (§ 11); H.G.B. § 667 (wonach der Reisende, welcher durch Krankheit oder anderen Zufall zurückzubleiben genötigt ist, das halbe, nach Antritt der Reise sogar das volle Überfahrtsgeld zu zahlen hat) zu B.G.B. § 323 Abs. 1 (§ 15); B.G.B. § 551 (Vorleistungspflicht des Vermieters) zu B.G.B. §§ 320, 322 (§ 9) usw.

19) Beispiele gibt die folgende Darstellung; hier mag nur erwähnt werden, daß z. B. die Behauptung, durch das Wandlungsrecht werde beim Kaufe das allgemein festgesetzte Rücktrittsrecht ausgeschaltet, damit begründet worden ist: beide dienten denselben Zwecken und strebten im wesentlichen die gleiche Situation an; ferner auch, daß für Miete, Dienstvertrag usw. behauptet worden ist, es sei das Kündigungsrecht ein „besonders ausgestaltetes" Rücktrittsrecht. (Vgl. unten § 17.)

20) Namentlich, wenn es sich um Aufstellung der „Unterschiede" zwischen zwei Rechtsbehelfen (etwa Wandlungs- und Rücktrittsrecht) handelt, werden diejenigen der Tatbestände und die der Rechtsfolgen durcheinander aufgeführt und fortlaufend numeriert.

21) Und zwar nicht bloß vom Standpunkte der Gesetzgebungstechnik, sondern für jede juristische Behandlung überhaupt.

Auch die an sich in den Gesetzesbestimmungen unabhängig nebeneinanderstehenden Tatbestände können sich sehr wohl in Einzelfällen des sozialen Lebens konkretisiert zugleich wiederfinden, so daß man einen solchen Einzelfall sowohl unter die eine wie auch unter die andere der beiden unabhängigen Gesetzesvorschriften „subsumieren" kann.

Dies sind die Fälle der im Strafrecht ausgebildeten, aber auch für das Zivilrecht unentbehrlichen Lehre von der Idealkonkurrenz.[22]

Diese Fälle bieten ein Problem für die Gesetzgebungstechnik überhaupt nicht. Sie sind im Zivilrechte überall nach der gleichen Formel zu behandeln: es gelten sämtliche normierten Rechtsfolgen nach Wahl des Berechtigten nebeneinander, soweit nicht eine besondere Bestimmung dies verbietet.

Außer auf diese allgemeinen Erkenntnisse juristischer Methodik, die mir zum Verständnis der Art der hier versuchten Beurteilung an dieser Stelle unentbehrlich erscheinen[23], sei ferner, da im folgenden mit einer ganzen Reihe im Gesetzbuch angeblich nicht definierter „einzelner Schuldverhältnisse" operiert werden muß, darauf hingewiesen, daß die Auffassung der selbständigen Gesetzesvorschriften als paradigmatischer Entscheidungen verallgemeinerter Rechtsfälle zugleich zur richtigen Stellungnahme zu der Frage führt, ob und inwieweit Gesetzbücher zu definieren haben.

Stahls rechtsphilosophischer Standpunkt, wonach Definitionen nie in ein Gesetzbuch gehören, ist bekanntlich für die Redaktoren des Gesetzbuches vorbildlich gewesen, und die Rechtswissenschaft hält es bereits

22) Diese Fälle sind um so eher möglich, je näher die gesetzlichen Tatbestände zueinander stehen. Es können sehr wohl aber auch Vorschriften aus verschiedenen Materien „ideal konkurrieren". Vgl. z. B. bei einer Klage auf Zahlung von Hypothekenzinsen: B.G.B. § 1118 (Haftung des Grundstücks für Zinsen); [event. auch §§ 1158, 1159]; § 288 (Verzugszinsen); §§ 244, 245 (Geldschuld). Besonders häufig konkurrieren die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung ideal. Vgl. unten S. 59 bei Note 96. Ferner konkurrieren die Vorschriften über kontraktliches Verschulden mit denjenigen über unerlaubte Handlungen (denn die ersteren modifizieren die letzteren nur in einzelnen Fällen, wie z. B. beim unentgeltlichen Verwahrungsvertrage, bei der Schenkung usw.). Beispiel: der Mieter fällt durch eine vom Hauswirt fahrlässigerweise nicht geschlossene Luke in den Keller (der Hauswirt haftet als Vermieter und aus B.G.B. § 823); oder: der Schauspieler verunglückt auf der fahrlässigerweise schlecht beleuchteten Bühne (in B.G.B. § 618 ist ausdrücklich auf Bestimmungen über unerlaubte Handlungen verwiesen).

23) Es läßt sich z. B. im folgenden im Anschluß hieran die Stellung der Rechtsgewähr beim Kauf zu den allgemeinen Vorschriften über Nichterfüllung dahin bestimmen: es liegt eine Konkretisierung des Tatbestandes der Nichterfüllung vor (vgl. unten § 11), dagegen die Stellung der ädilizischen Rechtsmittel zu diesen allgemeinen Vorschriften über Nichterfüllung: beide können „ideal konkurrieren", stellen sich aber nicht als „Veränderungen gesetzlicher Tatbestände" dar (vgl. unten § 12).

für eine „triviale Weisheit, daß der Gesetzgeber sich des Definierens und des Konstruierens zu enthalten habe.“[24] Ich möchte jedoch meinen, daß in jedem Falle der Gesetzgeber, wenn anders er verständlich bleiben will, die Tatbestände, an die er seine Rechtsfolgen anknüpft, möglichst scharf umgrenzen muß.

Hier scheint mir nun das Gesetzbuch für die Umgrenzung der Tatbestände zu wenig getan zu haben, es hat die Aufgabe an die Rechtswissenschaft verwiesen und diese kann sich kaum anders helfen, als indem sie diese Aufgabe etwa in folgender Art zurückschiebt[25]: „Das Gesetz bietet keine ausdrückliche Definition des Werkvertrages. Aber das Wesen dieses Vertrags geht doch aus der Bestimmung des B.G.B. § 631 klar und deutlich hervor. Der Werkvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuchs kann definiert werden als der Konsensualvertrag, durch welchen der eine der Vertragschließenden, der Unternehmer, verpflichtet wird, ein körperliches Werk aus einem vom andern Teile ganz oder teilweise zu liefernden Stoffe oder ein unkörperliches Werk zu leisten, wogegen der andere Teil, der Besteller, eine Vergütung zu entrichten hat.“

So wird man wohl fast regelmäßig[26] die im Gesetzbuch nicht definierten einzelnen Schuldverhältnisse dadurch von der Wissenschaft definiert finden, daß ihre im Gesetzbuche normierten Hauptfolgen herausgegriffen und als beabsichtigt in die Seele der Parteien gerückt werden.[27] Das Ganze wird dann durch den „Konsensualvertrag“ verbunden, und die Definition ist gegeben, vor der sich das Gesetzbuch zu hüten hatte. Es scheint mir, als ob bei der Abneigung gegen gesetzliche Definitionen

24) Lenel, „Die auf Geschäftsbesorgung gerichteten entgeltlichen Verträge“ in Iherings Jahrb. Bd. 44 S. 31.

25) Vgl. Riezler, Der Werkvertrag (1900) S. 25.

26) Vgl. übrigens Dr. Biermann (Rfdr. in Paderborn) (Civ. Arch. Bd. 21 S. 73. Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im Bürgerlichen Gesetzbuch). „Was das Bürgerliche Gesetzbuch unter Leistung versteht, sagt es selbst nur zum Teil. Nach B.G.B. § 241 ist der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses berechtigt, vom Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung ist also das, was der Gläubiger kraft eines Schuldverhältnisses vom Schuldner zu fordern berechtigt ist.“!

27) Lotmar (Arbeitsvertrag S. 343), der auch sonst (vgl. z. B. S. 329 f.) Tatbestand und Rechtsfolge scharf getrennt hält, führt aus: „Der Gesetzgeber hat zwar unter dem Dienst- und Werkvertragstitel radikal verschiedene Komplexe von Rechtswirkungen zusammengestellt und insofern die Titelscheidung gerechtfertigt. Um so mehr mußten die mit so disparaten Wirkungen ausgestatteten Tatbestände greifbar gesondert werden. Allein deren Definitionen sind so geraten, daß sie eine sichere Subsumtion der Fälle nicht etwa nur erschweren, sondern geradezu unausführbar machen. Denn es gibt keinen Fall, in dem man nicht sagen kann, daß jemand, der „einen durch Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg“ verspricht, damit nicht eine Dienstleistung verspreche, wonach also jeder Werkvertrag auch ein Dienstvertrag wäre.“

immer noch die von der historischen Rechtsschule widerlegte Auffassung zugrunde läge, als ob es einzelne Rechtssätze mit bestimmtem Inhalt gäbe, die ohne des Gesetzgebers Werk „von Gottes Gnaden“[28] Geltung hätten, die nur im Wege der Wissenschaft erforscht werden könnten, und deren Erforschung der Gesetzgeber der Wissenschaft unmöglich machen würde, wenn er mit dem Zwangsgeltungsanspruch von sich aus hier eingriffe.[29]

---

28) Mit diesen Worten hat Eck in seinen Vorträgen die Geltung der exceptio doli gestützt, die eine besondere Anerkennung durch das positive Recht nicht bedürfe. — Dies ist aber selbst für die exceptio doli nur in dem Sinne zutreffend, als sie eine Anwendung der Idee des richtigen Rechtes in der römischen Jurisprudenz darstellt. Sie gilt deshalb überall, wo sie nicht durch positive Vorschriften ausgeschlossen ist. (Vgl. auch Crome I S. 186 ff. insbes. S. 188 Note 20.)

29) Vgl. z. B. Riezler S. 41 f.: „Dienstvertrag und Werkvertrag sind theoretisch klar und einfach zu scheiden.“ Aber was heißt „theoretisch?“ Kann denn eine Rechtstheorie anderswoher ihren Inhalt entnehmen als aus positiver Festsetzung? Vgl. ferner Lotmar S. 343: „Wo der Gesetzgeber ... den Dienst- und den Werkvertrag definiert, ist er über eine unvollständige Scheidung von Akkord- und Zeitlohnvertrag nicht hinausgekommen.“ Hier scheinen die Begriffe der Akkord- und Zeitlohnverträge als außerhalb des positiven Rechtes bestehend vorausgesetzt. Allein in welchem Gedankengange wären denn diese zu ermitteln?

Erster Teil.

Die allgemeinen Vorschriften über gegenseitige Verträge.

§ 4. Rechtsfolgen der Nichterfüllung.

In diesem ersten Teile sind zunächst die Bestimmungen über den gegenseitigen Vertrag untereinander und mit den entsprechenden noch allgemeineren Bestimmungen[1] des Bürgerlichen Gesetzbuches zu vergleichen.

Der § 320 setzt im ersten Satze des ersten Absatzes das einstweilige Leistungsverweigerungsrecht fest.[2] Der § 322 normiert dies des näheren dahin, daß erst seine Geltendmachung gegen die Leistungsklage die Folge habe, daß der Kläger zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen sei, daß also die exceptio non adimpleti contractus eine wahre exceptio sei. Bekannt ist der langwierige Streit, der sich gerade an die nähere Ausgestaltung dieses Rechts des nicht-erfüllten Vertrags geknüpft hat, und der noch in den letzten Tagen der Geltung des gemeinen Rechts als nicht vollständig beigelegt angesehen werden konnte. Beim Quellenstande des gemeinen Rechts war es kaum zu verwundern, wenn aus dem Begriffe des gegenseitigen Vertrages her, als „eines Vertrages, bei dem jeder Kontrahent sich nur

1) Schollmeyer, Komm. Vorbem. vor § 320 g. E.: „Die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte (B.G.B. §§ 104 ff.) und über Schuldverhältnisse (§§ 241—319) finden auch auf die gegenseitigen Verträge Anwendung, soweit sich aus den §§ 320 bis 327 nicht ein anderes ergibt."

2) Aus der sehr reichen Litteratur über die exceptio non adimpleti contractus sei hier nur erwähnt: Heerwart, Civ. Arch. Bd. 18 S. 414; Zimmermann, Civ. Arch. Bd. 54 S. 255 ff.; W. A. Puchta in Jhb. des gem. Rechts Bd. 5 S. 94, eod. Bekker, S. 116, eod. IV S. 337 (Keller); namentlich Vangerow III § 607 Anm. 1. — Dernburg, Preuß. Priv. R. II S. 675 Anm. 3; André, Die Einrede des nichterfüllten Vertrags. — Zum Rechte des B.G.B. vgl. Stammler, Schv. S. 95 ff.; Endemann I § 125; Dernburg § 93 ff.; Cosack § 86 Ziff. II; Crome § 169; Matthiaß I § 86 Ziff. 2; Enneccerus I § 125; Rocktäschel, Einr. des nicht erfüllten Vertrags. Jena Diss. 1901; Regelsberger, Zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags und von dem Einfluß der teilweisen Unmöglichkeit in Iherings Jhb. Bd. 40 S. 249—278, Petersen, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Rostock Diss. 1900.

dann verpflichtet, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, wenn auch der andere sie erfüllt"[3], sowohl die Begründung versucht wurde, die exceptio non adimpleti contractus sei eine echte Einrede, als auch, sie sei eine bloße Klageleugnung. Zu verwundern ist vielleicht eher, wenn jetzt, nachdem das Bürgerliche Gesetzbuch an dieser Stelle mit Recht eine klare und präzise Entscheidung gebracht hat, diese Entscheidung als das nach Sinn, Zweck und Natur des gegenseitigen Vertrages einzig Richtige allgemein anerkannt wird.[4] Die Motive zum ersten Entwurf führen für die Regelung an[5], daß dadurch vermieden würde, versehentlich inkorrekte Klagen aus Gründen abzuweisen, aus denen der Beklagte selbst gar keinen Einwand habe herleiten wollen; und dies ist zweifellos ein für die Empfehlung dieser Gesetzesregelung zu billigender und richtiger Gesichtspunkt.

Das preußische allgemeine Landrecht vertrat bekanntlich den entgegengesetzten Standpunkt, wonach zur schlüssigen Klagebegründung die Behauptung gehöre, daß von der Gegenseite noch nicht erfüllt sei.

Bangerow meint[6], daß das einfache Sachverhältnis bei der exceptio non adimpleti contractus, wonach der Kläger, um sie zu elidieren, replikando anzuführen und zu beweisen habe, daß die Gegenforderung des Beklagten in rechtsgenügender Weise erloschen sei, nur deshalb verkannt worden sei[7], weil die exceptio als eine sogenannte verneinende Einrede aufgefaßt sei. Nachdem aber eine richtigere Theorie angefangen habe, die sogenannten verneinenden Einreden mit ihren angeblichen Besonderheiten zu verdrängen, sei es gewöhnlich geworden, der exceptio non adimpleti contractus den Charakter einer Einrede ganz abzusprechen und statt dessen anzunehmen, der Kläger müsse schon zur Begründung seiner Klage anführen, daß er seinerseits erfüllt habe, und wenn dies von dem Beklagten geleugnet werde, so sei dies nur

---

3) Windscheid II § 21 Note 2. — Die psychologische Verbindung ist natürlich im Einzelfall die Hoffnung auf ein „plusvalere". Vgl. Ihering, Zweck im Recht I S. 121 der 2. Aufl.: „Die Überzeugung beider Teile, daß dasjenige, was jeder erhält, ihm wertvoller ist, als dasjenige, was er gibt"; ähnlich Böhm-Bawerk, Kapital und Kapitalzins, Abt. 2 S. 240 ff., auch Lammfromm, Teilung usw. S. 54 Note 3. — Daß objektiv keine Äquivalente vorliegen müssen, ist allgemein anerkannt. Vgl. auch Lammfromm S. 61, der sogar behauptet, die Forderung wirklichen Äquivalentsverhältnisses würde den Zwecken der Privatwirtschaft geradezu widersprechen. Vgl. auch schon v. d. Pfordten, Ges. Abh. S. 321: „quia naturaliter concessum est se invicem circumvenire".

4) Crome § 169, Note 3 bezeichnet die Landrechtsregelung der exceptio als eine „Verkennung der richtigen Grenzen des Privatrechtsschutzes und der historischen Entwicklung"; die des Gesetzbuches dagegen trage „der Selbständigkeit der beiden Schuldverhältnisse ebensowohl Rechnung, wie ihrer wirtschaftlichen Verbindung auf gemeinsamer Grundlage." Die Interessen der beiden Parteien würden zweckmäßig gegeneinander abgewogen, eod. § 168, 2; a. A. wohl nur Hölder in Buschs Zeitschrift Bd. 29 S. 78.

5) Mot. II S. 204.

6) III § 607, Anm. 1.

7) und die Beweislast des Klägers daraus erklärt sei.

negative Litiskonteſtation, in deren Folge dann der Kläger jene zum Klagegrund gehörende Behauptung beweiſen müſſe. Nun iſt es ja heute herrſchende Anſicht, daß ſich in erſter Linie die Beweislaſtverteilung je nach der Qualifikation eines Parteivorbringens als Leugnen oder Einrede verſchiebe, und gerade unter dieſem Geſichtspunkte — von allem anderen hier abgeſehen — begegnet die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheblichen Schwierigkeiten, wie denn überhaupt ihr durchaus ſingulärer Charakter ſelbſt im Geſetzbuche nicht durchgehends richtig durchgeführt erſcheint.[8] Bangerow dürfte aber wohl kaum ganz recht haben, wenn er die „Klageleugnung" als erſt nach dem Wegfall der Lehre von den ſog. verneinenden Einreden aufgekommen bezeichnet.[9] Die Lehre von den verneinenden Einreden hat ſich ziemlich lange erhalten. Noch Glück führt an[10], daß zu ſeiner Zeit die Tatſache, daß bei der exceptio non adimpleti contractus die Laſt des Beweiſes auf den Kläger gelegt werde, gewöhnlich damit erklärt werde, daß dieſe der Klage entgegengeſetzte Einrede eine verneinende ſei.

Doch ſchon Juſtus Henning Böhmer[11] vertritt den ſtrengen Landrechtsſtandpunkt: „Qui agit ex contractu emti venditi tacite in eo se fundat, quod a sua parte impleverit contractum, quia non aliter alterum ad implendum compellere potest, quam si impleverit. — Reo itaque exceptionem non adimpleti contractus obiicienti non incumbit probatio, idque non ex ea ratione, quia haec exceptio negativa est, sed quia hac ipsa negatur intentio seu fundamentum ipsius actionis quod ab actore probandum." Und es geht dieſe Theorie allem Anſcheine nach zurück auf des Cocceius Diſſertation „de directa probatione negativae", „in qua solide ostendit negativam non tantum directo probari posse sed etiam ab actore probandam esse, qui in ea fundamentum actionis ponit, ut non necesse sit, ad distinctiones illas confugere, quas glossatores efformaverunt.[12]

---

8) Hölder, Anſpruch und Klagerecht in Buſchs Zeitſchr. Bd. 29 S. 78: „Mit Unrecht zählt § 202 Abſ. 2 B. G. B. zu den „vorübergehenden" die Einrede ... des nicht erfüllten Vertrages ... Nach der Beſtimmung des Geſetzes (§§ 274, 322) begründet die Geltendmachung dieſer Einrede nicht die Abweiſung der Klage, ſondern eine Beſchränkung der Verurteilung. Es handelt ſich hier nicht darum, daß die Leiſtung noch nicht fällig wäre oder noch nicht verlangt werden könne, ſondern darum, daß die Leiſtung nicht verlangt werden kann ohne Gegenleiſtung des ſie Verlangenden, wodurch der Anſpruch einen beſchränkteren Inhalt hat, als wenn die Leiſtung ohne Gegenleiſtung verlangt werden könnte. Daß nach dem Geſetzbuche die Exiſtenz dieſer Beſchränkung bedingt iſt durch ihre Geltendmachung, beruht auf dem Vorurteile, als exiſtiere überhaupt der durch ein Recht des Anderen gegebene gänzliche oder teilweiſe Ausſchluß eines Anſpruchs nicht ohne die Geltendmachung jenes Rechts."

9) Zuletzt behandelte man ſie im usus modernus in dem Kapitel der „Einreden wodurch die Laſt des Beweiſes auf den Kläger gelegt wird", vgl. Schroeder Diſſ.: de exceptionibus, quibus oppositis onus probandi actori injungitur, Kap. III § 5. Glück, Bd. 17 S. 229; hierzu vgl. auch Weber, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Zivilprozeß VI § 27 (Einrede des nicht erfüllten Kontraktes): „Nur inſofern als dadurch die Wahrheit deſſen, was zum Klagegrunde aus einem zweiſeitigen Vertrage gehört, beſtritten wird, iſt der Kläger ſchuldig den Beweis zu übernehmen."

10) Bd. 17 S. 229.

11) Ius ecclesiasticum Protestantium 1720 lib. II Tit. 19. De probationibus § 11. — Vgl. Glück ſelbſt a. a. O.; mit dem Gegenargument, auch negative Behauptungen müßten bewieſen werden.

12) Böhmer eod. § 6.

Daß aber die landrechtliche Auffassung dem Tatbestande nicht gerecht wurde, erhellt am besten daraus, daß sie sich trotz des Zwangsgeltungsanspruches des gesetzten Rechts in der Praxis nicht hat behaupten können. Wenn das nicht in breitestem Maße auffällig wurde, so erklärt es sich lediglich aus den Formularklagen der Rechtsanwälte, in welche selbstverständlich die Behauptung der vom Kläger bereits geschehenen Leistung ohne weiteres mit hineingedruckt wurde. Fehlte aber auch diese Behauptung in der Klage, so wurde doch der Kläger nicht völlig abgewiesen, „wodurch ja nur eine zwecklose Vermehrung der Prozesse hervorgerufen" wäre, sondern er wurde gleichwohl zur Leistung Zug um Zug verurteilt,[13] und dies verlangte man von einem praktischen Richter selbst dann, wenn der Kläger eine derartige Modifikation seines Klageantrages verweigern sollte.[14]

Seit dem Aufsatz Heerwarts hat man sich gewöhnt[15], die exceptio non adimpleti contractus nur als eine besondere Anwendung der allgemeinen exceptio doli anzusehen. Die allgemeine Ansicht bezüglich ihres Aufkommens ist wohl immer noch die, welche Dernburg[16] seinerzeit gut dahin formuliert hat, es sei, wenn auch festgestanden habe, daß bona fides jedem der beiden Teile gestattete, seine Forderung getrennt zu verfolgen, doch beim Kauf natürliche Regel gewesen, daß beide Forderungen, die gleich unbedingt und unbetagt gewesen seien, und die einem Akt ihre Entstehung verdankt hätten, Zug um Zug hätten erfüllt werden müssen; daher habe es auffallend erscheinen müssen, wenn der eine Kontrahent, ohne daß Kredit gegeben war, auf Erfüllung bestanden und sich doch der Gegenleistung, die der Beklagte forderte, geweigert habe. Es habe der natürliche Verdacht entstehen müssen, daß der Kläger nur den Vorteil aus dem Kontrakte wegnehmen, sich dagegen seiner Verbindlichkeit entziehen wolle.[17]

Gegen diese unmittelbare Zusammenstellung der exceptio non adimpleti contractus mit der exceptio doli wendet sich wohl nur Bekker[18], der erklärt, die exceptio non adimpleti contractus[19] scheine materiell die nächste Verwandte der Kom-

---

13) Diese Verurteilungen „Zug um Zug" sind ja überhaupt erst eine Errungenschaft neuerer (Dernburg Pand. I § 154) und zwar gerade der Landrechts-Praxis. — Merkwürdig ist, daß der dabei selbstverständliche Gedanke, die Perfektion der Zug um Zug-Verpflichtung müsse bei etwaiger Zwangsvollstreckung (wenigstens regelmäßig) in die Hand des Gerichtsvollziehers gelegt werden, erst in der Novelle zur Zivilprozeßordnung zu klarem und unzweideutigem Ausdrucke gekommen ist.

14) Trotzdem behandelte Art. 150 des Dresdener Entwurfs die Erfüllung des Klägers als zum Klagegrund gehörig; daß hier der geschehenen Erfüllung die derzeitige Erfüllungsbereitschaft gleichgestellt ist, ändert daran nichts.

15) Neuerdings auch noch mit dem Argumente: „Nachdem die verschiedenen Schuldverhältnisse (wenn auch auf der gemeinsamen Grundlage des Vertrages) einmal gültig entstanden sind, leistet jede Partei rechtlich nicht um der Gegenleistung willen, sondern weil sie verpflichtet ist." Crome, B.G.B. § 168, 2; solvendi, nicht credendi causa", eod. Note 11.

16) Kompensation S. 82.

17) Dernburg a. a. O. „Wir haben es also bei diesem Rechtsmittel mit einer Reaktion des Lebens gegen die zu schroffe Sonderung der gegenseitigen Obligationsverhältnisse zu tun, nicht mit einer Konsequenz aus deren juristischer Einheit."

18) Jhb. d. gem. R. Bd. 5 S. 124.

19) Wenn sie auch als exceptio doli formuliert werden könne und darum oft exceptio doli genannt sein möge (c. 5 C. de evict. 8, 44).

pensationseinrede zu sein.[20] Das tatsächliche Fundament sei das Bestehen eines Gegenanspruchs ex eadem causa, und es sei ein Satz des positiven Rechts, daß derjenige, dem ein solcher zukäme, einstweilen nicht zur Erfüllung der Schuldverpflichtung gezwungen werden könne.

Was das Zusammenstimmen der normierten Rechtsfolgen zu den im Bürgerlichen Gesetzbuche angegebenen tatsächlichen Voraussetzungen anlangt, so ist zu beachten, daß Folgen normiert sind für den Einfluß zweier Verpflichtungen aufeinander, während im Tatbestand das Gewicht lediglich darauf gelegt scheint,[21] daß die Verpflichtungen einem gegenseitigen Vertrage entstammen[22]; noch dazu, worauf Stammler aufmerksam gemacht hat, nur einem solchen Vertrage, der Schuldverhältnisse begründen will[23].

Neuerdings hat bereits Lammfromm[24] darauf hingewiesen, die griechische Sprache und die Quellen trügen keine Schuld daran, wenn mit dem Worte Synallagma[25] die mystische Vorstellung einer Ver-

---

20) Vgl. auch Stammler, Schv. S. 101 N. 1: „Der Grundgedanke der Gegenseitigkeit kommt besonders bei der vertragsmäßigen Aufrechnung zur Bedeutung." — Auch die Kompensationseinrede entstammt der exceptio doli; sie ist deduziert aus der bona fides: dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

21) Richtig also auch der Ausgangspunkt Cromes B. G. B. II § 167 I. „Leistung und Gegenleistung stehen hier in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis. Jede der mehreren Leistungen ist um der anderen willen übernommen. Infolgedessen wirken Unregelmäßigkeiten bei der einen nicht nur auf die betreffende Verpflichtung selbst, sondern auch auf die Gegenverpflichtung ein"; richtig auch eod. § 168 „die mehreren Leistungen sind zum Austausch bestimmt; jede ist in einem besonderen Schuldverhältnis übernommen"; dann aber „beide (oder die mehreren) Schuldverhältnisse werden von einem und demselben vertragsmäßigen Bande umspannt".

22) Dieser Unterschied dürfte selbst von Savigny übersehen sein, Obl. R. II S. 12: „Auf den Inhalt der erzeugten Obligation bezieht sich die Einteilung in einseitige und gegenseitige Verträge. Das Wesen des gegenseitigen Vertrags besteht darin, daß die beiden Obligationen in untrennbarer Verbindung gedacht werden müssen, so daß die eine nur um der anderen willen und mit ihr zugleich bestehend zu denken ist, weshalb beide nur zwei Hälften eines und desselben Rechtsgeschäftes bilden." — Richtig Pernice Labeo II 2 S. 232: „Die Regeln über Culpahaftung gestalten sich hier verwickelter als bei den bisher dargestellten Obligationsverhältnissen. Denn jeder Teil ist zu einer Leistung von eigentümlichem Charakter verpflichtet, während die judicia contraria immer auf Abrechnung gerichtet sind. Daraus ergibt sich mit Notwendigkeit, daß die beiden Parteien zur Haftung für Fahrlässigkeit verschieden stehen (Note 3: Darin liegt eine neue Bestätigung der Theorie, welche in den gegenseitigen Obligationen zwei durch bona fides zusammengehaltene Obligationen sieht). Richtig auch Schreier S. 4: „Aus einem gegenseitigen Vertrage entspringen zwei Obligationen, Diese beiden Obligationen sind aber nicht voneinander unabhängig. ..."

23) Stammler Schuldv. S. 101 Nr. 1: „Der gegenseitige Erlaßvertrag ist nicht ausdrücklich erwähnt." Vgl. § 4 I. 3, 29.

24) Teilung usw. S. 51 N. 2; über Wort und Begriff des Synallagma vgl. Pernice Ztschr. f. Rgesch. N. F. B. 9 S. 249 ff.

25) l. 7 § 2 D. 2, 14; l. 19 D. 50, 16.

kettung von Willenserklärungen[26] verbunden würde. Andererseits wird aber auch — korrekter als im Bürgerlichen Gesetzbuch — nur von einer Abhängigkeit der beiden Obligationen[27] gesprochen. Nur wird meistens als eine „lediglich positiv rechtliche“[28] Einschränkung behauptet, beide Schuldverhältnisse müßten von einem und demselben vertragsmäßigen Bande umspannt werden.[29] Mit vollem Rechte jedoch, wenn auch ohne seine Behauptung auf den Grund der Divergenz zwischen Tatbestand und Rechtsfolge zu stützen — und zwar mit Recht im Sinne des in erster Linie Rechtsfolgen normierenden bürgerlichen Gesetzbuchs —, führt Kisch aus[30]: „An sich kommen die §§ 323 ff. B.G.B. [und dasselbe muß mangels anderer ratio schon für die §§ 320—322 gelten] auch bei solchen (immerhin seltenen) gegenseitigen Schuldverhältnissen zur Anwendung, welche nicht auf einem gegenseitigen Vertrage beruhen.“[31] Auch Stammler lehrt[32], es verstehe sich von selbst, daß die nur bei den gegenseitigen Verträgen vom Gesetzbuche entwickelte Lehre bei den gesetzlichen gegenseitigen Schuldverhältnissen gleichfalls Anwendung zu finden habe. Er begründet dies aber damit, daß auf eine allgemeine Absicht des Gesetzgebers geschlossen werden müsse, daß, soweit gerade nicht besondere Satzungen entgegenstünden, die Auseinandersetzung von Recht und Pflicht in gesetzlichen Schuldverhältnissen nach der Lehre von den Verträgen behandelt werden solle, da die „gesetzlich“ entstehenden Schuldverhältnisse stets bei denjenigen Vertragsverhältnissen eingereiht seien, an welche sie sich „quasi ex contractu“ anlehnten.

Dieselbe Intuition leitet Kisch auch bei seiner weiteren Ausführung[33], daß die genannten Paragraphen *nicht notwendig auf alle Verbindlich-*

26) So von Brinz IV S. 298, Karlowa Rgesch. I S. 239; auch Bähr, Anerkennung 2. Aufl. S. 41.

27) Vgl. wie oben Schreier S. 4 u. 5.

28) etwa „unrichtige“?

29) Kleineidam S. 129: „Nur der vertragsmäßigen Bindung hat das B.G.B. die gegenseitige Wechselwirkung zwischen Leistung und Gegenleistung vorbehalten“ — vgl. auch Knoke S. 44.

30) S. 6 III — daselbst als namentlich hierher gehörig: Das durch Ausübung des Vor- oder Wiederkaufsrechts oder des Rücktrittsrechts geschaffene Rechtsverhältnis, das ja unmittelbar nicht durch einen gegenseitigen Vertrag, sondern durch die einseitige Erklärung des Berechtigten begründet wird, vgl. aber auch eod. S. 7 N. 22.

31) ohne jede Einschränkung bei Matthiaß I S. 349 Anm. 2.

32) Schuldverh. S. 100 ff.

33) S. 7 IV; so auch Rieger Zurückbehaltungsrecht S. 47: „§ 322 findet nur auf Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen, die Äquivalente sind, Anwendung“; richtig auch dort „nur in diesem Falle besteht das eigenartige Verhältnis, das eine besondere Regelung (eben die exceptio) verlangt und rechtfertigt. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so greift die allgemeine Regelung des § 273 Abs. 1 ein.“ Hierzu vgl. unten § 8 „Die einzelnen gegenseitigen Verpflichtungen“.

keiten Anwendung fänden, die sich aus gegenseitigen Verträgen ergeben. Aus solchen gehen vielmehr „neben den typischen und hauptsächlichen Verbindlichkeiten auch solche Verpflichtungen hervor, die weder zueinander, noch zu den Hauptpflichten des Vertrages im Verhältnisse der Gegenseitigkeit stehen", die sich nicht[34] „als Ausfluß des Synallagma darstellen", nicht[35] „als Äquivalente gegeneinander ausgetauscht zu werden bestimmt sind".[36] Denselben Grundsatz hat auch bisher bereits die Praxis des früheren Handelsrechts in ständiger Rechtsprechung angenommen.[37]

Daß das einredeweise geltend zu machende Verlangen der Zug um Zug-Leistung wirklich die einzige Rechtsfolge ist, welche durch den bloßen Tatbestand eines gegenseitigen Vertrags, aus dem der eine Kontrahent das Erfüllungsverlangen an den andern stellt, motiviert wird, ergibt sich auch daraus, daß stärkere in der Litteratur und sogar in der Gesetzgebung verlangte Rechtsfolgen sich in der Praxis nicht haben halten können.

Mißglückt müssen z. B. die Versuche erscheinen, allgemein für alle gegenseitigen Verträge eine „Pflicht zur Annahme der Gegenleistung" zu statuieren.[38]

Weit interessanter aber ist in diesem Zusammenhange z. B. folgendes: Das preußische allgemeine Landrecht gab[39] bei bloßer Leistungsverweigerung des einen Kontrahenten, wenn daraufhin der andere sich auch weigerte, seinerseits zu erfüllen, diesem ein Wahlrecht auf Schadensersatz oder Rücktritt vom Vertrage, sobald im Wege des gerichtlichen Verfahrens seine Weigerung für begründet angesehen worden war, und bestimmte, daß der andere Teil ebenfalls zurücktreten könne, wenn in erster Instanz umgekehrt gegen den Weigernden entschieden sei. — Hier geht m. E. die

34) Wie Paech, Leistungsverzug S. 151 diesen Gedanken ausdrückt.

35) So Neumann, Komm. Note 2 vor § 320.

36) Das Reichsgericht spricht hier statt von gegenseitigen Verpflichtungen von „der Hauptleistung oder einer der Hauptleistungen." Vgl. R.G. in J.W. 1903. Beil. S. 23, so auch das O.L.G. Stuttgart in Zur. Ztg. 1902 S. 584.

37) R.G. 1 S. 56; Bolze 12 Nr. 461 — Stammler Schv. S. 87 vertritt diese Rechtsfolgen in teilweise abweichender Auffassung: Es könne die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nur dann Platz greifen, wenn die Sonderleistung einen wesentlichen Bestandteil der klägerischen Leistung überhaupt ausmache; dagegen nicht, sofern letztere an sich erledigt wäre und die Sonderleistung als Erfüllung eines selbständigen Nebenvertrages (pactum adjectum) sich darstelle.

38) Schanzenbach, Erlanger Diss. 1898; vgl. Schingnitz, Diss.: Inwieweit ist zur Erfüllung einer Obligation die Mitwirkung des Gläubigers erforderlich"?

39) §§ 393 ff. A.L.R. I 5.

festgesetzte Rechtsfolge über die im Tatbestande liegende Motivierung hinaus, dem Unabgeschlossenen im Tatbestande wird ein Definitivum in der Folge angehängt. Und es hat sich gezeigt, daß sich dies rächt: Eccius[40] nennt die Bestimmungen „eine Erfindung der Redaktoren" und erklärt: „Der Praxis ist das Institut im wesentlichen fremd geblieben, weil das Bedürfnis des Lebens auf ein solches Wahlrecht nicht hinführt." Auch Dernburg[41] findet die Bestimmungen „willkürlich und wenig praktisch."

Der zweite Satz des ersten Absatzes des § 320 B.G.B. enthält nur eine Konsequenz aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrags.[42] Es kann am Rechte der exceptio non adimpleti contractus nichts verändern, wenn auf der einen Seite mehrere Personen stehen, so daß erst deren sämtliche Leistungen das Äquivalent bilden.

Die Kommission für den zweiten Entwurf hat sich nach Schollmeyers Ansicht durch die Aufnahme des Abs. 3 des § 320, wonach das einstweilige Verweigerungsrecht wieder wegfallen soll, wenn seine Geltendmachung wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles gegen Treu und Glauben verstoßen würde, ein besonderes Verdienst erworben, indem sie dadurch eine unliebsame Konsequenz aus der Natur des gegenseitigen Vertrages[43] für die Praxis wieder beseitigt hätte. Doch scheint mir die Bestimmung um deswillen entbehrlich zu sein, weil jeder nach richtigen Rechtsgrundsätzen verfahrende Richter auch ohne diese ausdrückliche Gesetzesbestimmung ebenso entscheiden müßte, und zwar zumal dann, wenn er sich erinnert, daß das Institut der exceptio non adimpleti contractus vollständig auf Treu und Glauben ruht, wie es ja auch aus der exceptio doli hervorgegangen ist.[44]

---

40) Förster-Eccius I. § 97, 4; Entstehungsgeschichte: Ob. Trib. 50, S. 31; Rehbein, Entsch. I, S. 546.

41) Preuß. Priv. R. II § 152, 3.

42) So auch Schollmeyer Note 2 zu § 320; ebenso Rehbein B.G.B. II, S. 174, 3c.

43) Schollmeyer zu § 320 N. 3: „Die Natur des synallagmatischen Vertrages verlangt keineswegs, daß der Gläubiger seine Gegenleistung nach Verhältnis der ihm gewordenen Leistung mache, oder umgekehrt der Schuldner nach Verhältnis der ihm gewordenen Gegenleistung. Er kann vielmehr den ihm angebotenen Teil der Leistung annehmen und gleichwohl seine Gegenleistung völlig weigern, bis ihm der Rest der Leistung realiter offeriert wird. . . . Der aus einem gegenseitigen Vertrage Verpflichtete braucht nur dann zu leisten, wenn er alles ihm aus diesem Vertrage Zustehende erhält."

44) So auch Stammler, Schv. S. 95, der hier ausdrücklich nur ein Beispiel jener allgemeinen Norm findet. Vgl. auch Rehbein B.G.B. II S. 177, 7; Lotmar, Arbeitsvertrag S. 373. — Vgl. Protokolle Bd. 1 S. 635: Das Gesetz werde gut tun, für eine

Was nun die Einordnung der Vorschriften über die exceptio non adimpleti contractus in die noch allgemeineren Vorschriften angeht, so mag man von vornherein zweifeln, ob ein Rechtsinstitut, das dermaßen eng an die Natur des gegenseitigen[45] Vertrages angeknüpft ist, überhaupt außerhalb des gegenseitigen Vertrages einen Vorgänger oder auch nur ein Rechtsinstitut, an welches es sich anlehne, haben könne. Doch hat hier der Gesetzestext selbst der herrschenden Ansicht der Wissenschaft den Weg gewiesen. § 320 Abs. 1 Satz 3 bestimmt bekanntlich: „Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 — wonach der Gläubiger die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden kann, — findet keine Anwendung." Und danach wird fast durchgehends gelehrt[46]: „Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bedeutet nur eine besondere Verwendung des allgemeineren Begriffes vom Zurückbehaltungsrechte." Daran schließt sich zur Rechtfertigung des genannten Satz 3 Abs. 1 § 320 die Argumentation: Würde man Sicherheitsleistung zulassen, „so wäre in Wirklichkeit der Zweck des gegenseitigen Vertrages, der darin gipfelt, ich leiste, damit mir geleistet werde, vereitelt."[47]

---

gerechte und billige Lösung des Konflikts direkt als leitenden Grundsatz auszusprechen, daß das Recht, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, seine Grenze in dem höheren und allgemeinen Grundsatz der Herrschaft von Treu und Glauben finde.

45) Vgl. z. B. den von J. H. Böhmer (Jus. Eccl. Prot. lib. II Tit. 19 § 11) mitgeteilten Fakultätsspruch de mens. Sept. 1711: worin der Königlich preußische Statthalter und zur Regierung des Fürstentums Halberstadt verordnete Präsident und Räte auf eingeholten Rat der Rechtsgelehrten unter den rationes decidendi für Recht erkennt (Böhmer S. 1178) „daß danach zwar dieses nicht mag geleugnet werden, daß die exceptio non adimpleti contractus ex natura ipsius contractus entspringe."

46) Stammler Schv. § 30 S. 102; vgl. auch Endemann § 125; Cosack § 84; Rieger, Zurückbehaltungsrecht. Tüb. Diss. 1901 S. 45; Windscheid-Kipp S. 299 ff., Schollmeyer Vorb. zum zweiten Titel des zweiten Buchs, Dernburg B.G.B. Bd. 2 § 93. Für das gem. R. vgl. Vangerow III S. 607. — A. A. Katter, Zurückbehaltungsrecht. Greifsw. Diss. 1900 S. 13: „Die ältere Doktrin rechnete zum Zurückbehaltungsrecht auch die Anwendung der sog. exceptio non adimpleti contractus, da der klägerische Anspruch so lange nicht existiere, als der Kläger nicht seinerseits geleistet oder Leistung angeboten habe. Wie heute fast allgemein anerkannt wird, ist jedoch die Geltendmachung der exceptio non adimpleti contractus von dem oben genannten Falle wohl zu unterscheiden, da hier sofort zwei Ansprüche und dementsprechende Verpflichtungen der Kontrahenten entstehen . . . ." Vgl. namentlich auch eod. S. 16: „Das nach § 320 begründete Recht, eine aus einem gegenseitigen Vertrage geschuldete Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, ist zwar wirtschaftlich mit dem Zurückbehaltungsrecht nahe verwandt, juristisch aber von ihm zu scheiden" — vermittelnd Matthiaß I S. 351 § 86: „Das Weigerungsrecht aus § 320 steht am nächsten dem Zurückbehaltungsrechte."

47) Rieger S. 46; besser noch Crome § 124 Note 20: „Selbstverständlich kann ein vertragliches Recht auf Zug um Zug-Leistung durch bloße Sicherheitsleistung nicht ausgeschlossen werden."

Dieses letztere Argument ist ebenso zweifellos richtig, wie die vorherige Gleichstellung bedenklich ist. Es ist bereits darauf aufmerksam gemacht[48], das Zurückbehaltungsrecht des § 320 finde im Gegensatz zu dem des § 273 nicht in Billigkeitserwägungen seine einzige Stütze, sondern folge schon mit Notwendigkeit aus der Struktur des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses.

Namentlich aber ist es, wie wohl bekannt ist, Crome[49], der die Zusammenstellung mit der exceptio non adimpleti contractus verwirft, und behauptet, diese beruhe auf einer Verkennung des juristischen Fundaments der Einrede, und werde sogar vom Gesetze selbst vermieden. Er bezeichnet die Stellung des Zurückbehaltungsrechts im Gesetzbuche als Verlegenheitsstellung und setzt es als „persönlichen und dinglichen Ansprüchen entgegenstehende Einrede" in das Rechtsschutzkapitel des allgemeinen Teiles. Es sei ein selbständiger Hemmungsgrund von Ansprüchen geworden zu indirekter Erzwingung anderer Rechte des Retinenten mittels Rückhaltung des von ihm selbst Geschuldeten, nicht handele es sich wie bei der exceptio non adimpleti contractus um eine kontraktliche Bedingtheit von Leistung und Gegenleistung.[50] Auch scheint das Gesetzbuch selbst an anderen Stellen der Betrachtung der exceptio non adimpleti contractus als eines besonders gearteten Zurückbehaltungsrechts zu widersprechen. Erkennt man nämlich als Folge der herrschenden Ansicht den Satz an — und es wird von deren Standpunkte aus sich wohl nicht allzuviel dagegen sagen lassen — „Steht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zur Verfügung, so kann das generelle Zurückbehaltungsrecht nicht zur Anwendung kommen und umgekehrt",[51] so muß der Satz des B.G.B. § 556 Abs. 2 bedenklich erscheinen, wonach dem Mieter eines Grundstücks ein Zurückbehaltungsrecht nicht zusteht.[52] Und es stimmen kaum dazu Dernburgs Sätze: „Der Dienstpflichtige hat bis zur Erfüllung seiner Ansprüche aus dem Dienstvertrage nach § 273 ein Zurückbehaltungsrecht an den Sachen des Dienstherren, welche er

48) Vgl. auch Rieger, Zurückbehaltungsrecht S. 45.

49) B.G.B. I § 124.

50) eod. Note 11.

51) Rieger S. 48: „Der Wirkungskreis des § 320 ist eng, aber fest begrenzt und vom Anwendungsgebiet des § 273 Abs. 1 streng geschieden." — Eigenartig Schreier S. 9 f., der neben der exceptio non adimpleti contractus das Zurückbehaltungsrecht gibt und auf dieses den § 320 Abs. 1 Satz 3 anwendet.

52) Daß es dem Mieter beweglicher Sachen zustehe, als selbstverständlich bei Staudinger-Kober II zu § 556; Mittelstein, Miete S. 171; — vgl. auch Ortloff, Zurückbehaltungsrecht des Vermieters an unpfändbaren Sachen des Mieters in Bürg. Arch. Bd. 22 S. 281.

infolge des Dienstvertrages erlangt hat“[53]; und[54]: „Nach den allgemeinen Grundsätzen des § 273 hat der Unternehmer ein Zurückbehaltungsrecht am Werke, so daß er zwar nicht dessen Herstellung und Vollendung, wohl aber dessen Ablieferung bis zur Gegenleistung verweigern kann.“[55]

Daß gar kein Zusammenhang mit dem Zurückbehaltungsrechte bestehe, wird sich nicht behaupten lassen.[56] Dennoch hat es m. E. wenig praktischen Wert, gerade die exceptio non adimpleti contractus als besonderen Anwendungsfall des allgemeinen Zurückbehaltungsrechts zu charakterisieren. Es wird keine Rechtsfolge in diesem Gedankengange ermittelt oder erklärt. Hingegen ist es auch für die Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuchs ganz ratsam, die Darstellung der Lehre vom Zurückbehaltungsrechte an diejenige der exceptio non adimpleti contractus anzuknüpfen.[57] Es ist wohl auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch am besten, wenn man zur Erklärung des Tatbestandserfordernisses der „Konnexität“, dieses „niemals zweifelsfreien Begriffs“,[58] von der Gegenseitigkeit zweier obligatorischen Verpflichtungen seinen Ausgang nimmt und von da aus mittels ausdehnender Auslegung und Analogie deduziert.[59]

Die römischen Quellen bieten, wie seit Schenks Darstellung[60] wohl nicht bezweifelt worden ist, für die allgemeine Festsetzung des Zurückbehaltungsrechts weniger sichere Ausgangspunkte[61] als für die spätere Aufstellung der exceptio non adimpleti contractus. Ihre hierfür verwerteten Einzelentscheidungen sind wohl auch zeitlich später[62] anzusetzen

53) Dernburg, B.G.B. § 307 III („aber nicht an denen, mit welchen er zwar hantierte, deren Besitzer aber nach § 855 der Dienstherr bleibt — hierin läge verbotene Eigenmacht § 858“); vgl. andererseits Du Chesne, „Steht dem Dienstherrn an den eingebrachten Sachen ein Zurückbehaltungsrecht zu“? in Sächs. Arch. Bd. 9 S. 686 bis 691; Zurückbehaltung von Arbeitslohn wegen Gegenforderungen auf Grund des Dienstvertrags, bei O.L.G. Hamburg (R.O.L.G. Bd. 3 S. 352).

54) Dernburg B.G.B. § 323 I.

55) Über das Zurückbehaltungsrecht des Verwahrers bei der entgeltlichen Verwahrung vgl. Mot. 2 S. 579; Staudinger Note 6 zu § 693 B.G.B.

56) Es spricht doch wohl gegen Crome, daß die beiden Rechtsbehelfe auf dem Grunde der exceptio doli erwachsen sind, wie er ja auch selbst anerkennt.

57) So Endemann B.G.B. I § 126, Cosack B.G.B. I § 86.

58) Vgl. Stammler Schv. S. 102; auch R.O.L.G. Bd. 3 S. 354.

59) Die Tatbestandsfrage kann jedenfalls nur lauten: „Wonach wird die begriffliche Zusammensetzung des Inhalts rechtlicher Ordnung zu bestimmten Rechtsverhältnissen vorgenommen“? Stammler a. a. O. S. 102.

60) Lehre von dem Retentionsrecht nach gem. R. Jena 1837.

61) Stammler a. a. O.

62) Die neueren Dissertationen enthalten keine Vergleichung in diesem Sinne: Katter Greifsw. 1900, Fulda Greifsw. 1900, Rieger Tübing. 1901.

als diejenigen, aus denen das Leistungsverweigerungsrecht in den gegenseitigen Schuldverhältnissen abgeleitet wird.

Was den zweiten Fall des allgemeinen Zurückbehaltungsrechts des B.G.B. § 273 (beim Ersatz von Verwendungen) angeht, so hat er hier überhaupt keine Erörterung zu finden, da insoweit gar kein selbständiger Tatbestand aufgestellt, sondern „auf den besonderen Teil der Schuldverhältnisse und die dann folgenden Bücher" verwiesen ist.[63]

Über die Bestimmung des B.G.B. § 321 ist zu bemerken: In den allgemeineren Vorschriften hat sie keine Vorgänger. Was ihre Schlüssigkeit in sich angeht, so muß die Lösung des legislativen Problems als glücklich bezeichnet werden. „Verträge und Schuldverhältnisse sind doch nur bedingte Mittel zur Erzielung eines rechten sozialen Zusammenwirkens; und niemand wird ein konkretes Mittel zur Erreichung eines feststehenden Zieles ohne alle Einschränkung und Abänderung mit Fug festhalten dürfen, wenn die Tatumstände, unter denen jenes Ziel zu verfolgen ist, sich inzwischen wesentlich geändert haben."[64]

Richtig erkannt ist, daß gegenüber dem Unabgeschlossenen der Situation im Tatbestand auch in der Rechtsfolge ein Interimistikum stehen muß. Das Einbehaltungsrecht ist nur ein einstweiliges.[65]

Dem gegenüber fällt es wohl nicht allzuschwer ins Gewicht, wenn hier Schollmeyer darauf aufmerksam macht, daß doch durch eine Vermögensverschlechterung der auf die Nachleistung gerichtete Anspruch nicht gefährdet werden kann[66], und daß doch dem Grundgedanken der Vorschrift nach das Verweigerungsrecht bezüglich der Vorleistung überall da gegeben sein müßte, wo es nachträglich begründetem Zweifel zu unterliegen beginnt, ob die Nachleistung überhaupt erfolgen könne. Die Einschränkung, daß die Gefährdung des Anspruchs auf die Nachleistung gerade durch Vermögensverschlechterung eintreten müsse[67], scheint zwar durch nichts begründet, doch hat Schollmeyer schon darauf hingewiesen,

---

63) Stammler a. a. O. S. 103.

64) Stammler Schv. S. 89, 92 f., Endemann B.G.B. I § 125 Note 24: „Dem Gegner darf nicht zugemutet werden, daß er auf die offensichtliche Gefahr, keine oder eine unzulängliche Gegenleistung zu erhalten, Geld und Gut aufopfere."

65) In der Tat war es gerade das Definitive des Rücktrittsrechts, was der Naturrechtslehre die Anfechtung brachte.

66) Note 1b zu § 321 „denn von der Vermögenslage ist die rechtliche Existenz eines Anspruchs nicht abhängig."

67) eod. Note 2.

daß ja, so lange das Vermögen intakt bleibe, der Vorleistungspflichtige sich mit seinen Ersatzansprüchen an dieses halten könne.[68]

Was endlich die Bestimmung des B.G.B. § 322 Abs. 2 angeht, so findet ihre Besonderheit gegenüber der allgemeinen Annahmeverzugsregelung (§§ 293—304) ebenfalls ihre Erklärung „in dem nahen Zusammenhang der Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen; andernfalls müßte der Vorleistungspflichtige zuerst hinterlegen und könnte dann erst Klage erheben — diese Weiterung ist ihm durch § 322 Abs. 2 erspart“[69].

§ 5. Unmöglichkeit.

In den nunmehr folgenden B.G.B. §§ 323—325 wird die Unterscheidung zwischen Vorleistung und Zug um Zug-Leistung wieder aufgegeben. Dafür tritt in ihnen zu dem bisherigen Tatbestande als neue Voraussetzung hinzu: die der Unmöglichkeit der einen Leistung. Hierdurch wird das in der bisherigen Regelung enthaltene Moment des Zeitweiligen und Unabgeschlossenen ausgeschaltet und die Situation auf der einen Seite definitiv geklärt.

Um den Begriff der Unmöglichkeit[1] ist seither in der juristischen Litteratur viel gestritten, und es ist auch diese Negative[2] selbständig für

---

68) Nur zieht er daraus andere Konsequenzen, nämlich: es sei für die Aufnahme der Vorschrift nicht sowohl die synallagmatische Natur der Vertrags bestimmend gewesen, als vielmehr das Bestreben, dem Vorleistungspflichtigen Sicherheit zu gewähren. Das dort Gesagte verträgt sich aber meines Erachtens wohl mit der Auffassung, daß die Vorschrift aus dem Synallagma stamme.

69) Rieger, Zurückbehaltungsrecht S. 46.

1) Ein Begriff, der im B.G.B. häufig Verwendung gefunden hat; vgl. nur: § 87 Abs. 1 Unmöglichkeit der Erfüllung des Stiftungszwecks; § 265 Beschränkung auf die mögliche Leistung bei der Wahlschuld; § 2171: Ein Vermächtnis, das auf eine zur Zeit des Erbfalls unmögliche Leistung gerichtet ist, ist unwirksam. Mit besonderer Steigerung: wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist; § 1591: das Kind ist nicht ehelich, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau es von dem Manne empfangen hat; § 1717: eine Beiwohnung bleibt außer Betracht, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen hat; § 1720: der Ehemann gilt als Vater, es sei denn, daß es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen hat. — Gründe, aus denen Unmöglichkeit eintreten kann vgl. §§ 292, 498 Abs. 2; Beispiele der Unmöglichkeit §§ 351, 848, 2023 Abs. 1, 2375 Abs. 2. — Das Wort Möglichkeit nur in § 1986 Abs. 2: wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine so entfernte ist. — „Nicht möglich“ in § 251: Geldentschädigung, soweit Herstellung des früheren Zustands nicht möglich ist. § 1910 Abs. 3: die Pflegschaft darf nur mit Einwilligung des Gebrechlichen angeordnet werden, es sei denn, daß eine Verständigung mit ihm nicht möglich ist; § 2249 (Dorftestament), wenn zu besorgen ist, daß der Erblasser früher sterben werde, als die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder Notar möglich ist (ebenso in § 2250); § 2170 (bei Vermächtnis eines nicht zur Erbschaft gehörenden Gegenstands) Abs. 2 Satz 2: Ist die Verschaffung nur mit unverhältnis-

sich allein untersucht worden, uneingedenk der Regel, daß, wo nichts ist, nicht nur der Kaiser, sondern auch der Forscher sein Recht verloren hat. Jedoch hat bereits Hartmann[3] richtig darauf hingewiesen, die wahre Unmöglichkeit könne ihrem Wesen nach immer nur eine sein, und sie sei nichts als negative Notwendigkeit, Notwendigkeit des Nichtgeschehens. Aber weder der eine, noch der andere Satz hat sich seither ungeteilter Anerkennung zu erfreuen gehabt. Im Gegenteile hat man viele „Arten der Unmöglichkeit" aufgestellt[4], bis neuerdings wieder herausgefunden ist, daß es sich bei allen diesen nicht um Verschiedenheiten im Begriffe der Unmöglichkeit handele, die sich doch überall gleich bleibe, sondern Unterschiede in ihren Gründen, „hinsichtlich ihrer Beziehung zum Inhalt der Verpflichtung oder zu der Person des Verpflichteten"[5], namentlich aber in ihrer Verwendung im einzelnen Falle.

Am wenigsten einwandfrei ist wohl die Unterscheidung einer von der natürlichen oder logischen abweichenden besonderen sogenannten juristischen Unmöglichkeit[6]. Man hat zwar auch neben andere philosophische Begriffe besondere juristische Abarten dieser Begriffe gestellt. Doch insbesondere der Rechtsstreit um die Kausalitätstheorien dürfte vor der philosophischen Beurteilung kaum Gnade finden. Es ist in diesem Zusammenhange hinzuweisen auf die Verschiedenheit des Gedankeninhalts aller modernen Philosophie[7] im Gegensatze zur sogenannten griechischen.[8] Denn nicht mehr den dogmatischen Aufbau einer Weltanschauung will

mäßigen Aufwendungen möglich, so kann sich der Beschwerte durch Entrichtung des Wertes befreien. — „So lange möglich" in § 279 bei Gattungsschulden Unvermögen zu vertreten. — „Möglich" in § 754 (gemeinschaftliche Einziehung), § 818 (Herausgabe nicht möglich bei ungerechtfertigter Bereicherung); vgl. auch §§ 820, 823 Abs. 2 Satz 2 und „unmöglich" in § 338 und § 815.

2) Vgl. z. B. auch die Untersuchungen der sog. „relativen" Nichtigkeit. Als ob die Nichtigkeit sich überhaupt untersuchen ließe und nicht vielmehr nur die Beschränkung der Gültigkeit untersucht werden könnte.

3) Hartmann, Die Obligation S. 172.

4) Z. B. zu vertretende — nicht zu vertretende (Titze S. 11); behebbare — unbehebbare (Kleineidam S. 33); bedingte (Hartmann S. 190); absolute und relative (Dernburg Band. II § 16, Mommsen S. 4, 5).

5) Kisch S. 8.

6) Titze S. 10 — gegen die Unterscheidung Kisch S. 8, Kleineidam in Iherings Jhb. Bd. 43 S. 108 ff. — Jedoch Titze S. 48 N. 23: „Der juristische Begriff der Unmöglichkeit braucht sich mit dem logischen ebensowenig zu decken, wie sich der juristische und der physikalische Begriff des Teils nicht zu decken brauchen."

7) sowie auch auf die spezifischen Aufgaben aller Rechtswissenschaft: als technischer: den Inhalt besonderen gesetzten Rechts zu erfassen; als theoretischer: ihn vom Gesichtspunkte des richtigen Rechts aus zu beurteilen. Vgl. Stammler, Lehre vom richtigen Recht, Eröffnung I.

8) Vgl. namentlich Riehl, Über wissenschaftliche und nicht wissenschaftliche Philosophie. Eine akademische Antrittsrede 1883.

diese Wissenschaft jetzt noch bieten, vielmehr die Methode des Erkennens darlegen und die allgemeinsten — d. h. in allen Spezialwissenschaften verwendeten, vorausgesetzten und vokauszusetzenden — Kenntnisse vermitteln.

Die Bedeutung des Hartmannschen Gedankens ist in der bisherigen Rechtswissenschaft kaum genügend gewürdigt worden. Noch Kleineidam erklärt[9], er könne nicht finden, daß der auf diese Weise hineingekommene Begriff der Notwendigkeit einfacher und leichter verständlich sei als der Begriff der Unmöglichkeit selbst. — Und doch ist es hier Hartmann gelungen, den großen Kant zu berichtigen.

Unmöglichkeit nämlich ist eine Kantische Kategorie, d. h. nach Stadlers[10] geschickter Definition der Kategorie eine „in der Natur des menschlichen Verstandes beruhende Methode, gegebene Sinneswahrnehmungen im Urteile einheitlich zusammenzufassen", oder, wie Stammler[11] es ausdrückt: „eine einheitliche Art, Erscheinungen zu ordnen". Es ist „Möglichkeit" neben „Dasein" und „Notwendigkeit" die erste Kategorie auf der „transscendentalen Tafel der Verstandesbegriffe" „der Modalität nach". Es ist diejenige Kategorie, der auf der „logischen Tafel der Urteile" das „problematische" Urteil entspricht. In der Kritik der reinen Vernunft — in den Prolegomenen fehlt dies — stellt Kant die Negativen der Kategorien der Modalität nach neben die Positiva: und zwar „Unmöglichkeit" neben die „Möglichkeit", neben die „Notwendigkeit" aber „Zufälligkeit". Und das Versehen Kants besteht darin, daß er der Unmöglichkeit noch im wesentlichen dieselbe Funktion gibt, wie der Möglichkeit, während doch in Wahrheit die Unmöglichkeit nicht mehr der entsprechende Verstandesbegriff für das problematische, sondern, wie die Notwendigkeit, für das apodiktische Urteil ist. Hartmann hat ganz recht: Unmöglichkeit ist nichts als negative Notwendigkeit, Notwendigkeit des Nichtgeschehens — eine besondere Verwendung der Notwendigkeitskategorie.

Man soll nicht behaupten, daß derartige Untersuchungen für die Rechtswissenschaft unfruchtbar seien. Es ergiebt sich hieraus z. B., daß

9) S. 13: „Wir haben es eben mit ganz fundamentalen Begriffen zu tun, die sich erläutern, beschreiben und umschreiben, nicht aber definieren lassen." Vgl. auch Ubbelohde Civ. Arch. Bd. 85 S. 118. — Es handelt sich aber gar nicht um bloße Verallgemeinerung von Erfahrungsinhalt.

10) Vgl. Stadler, Die Grundsätze der reinen Erkenntnistheorie in der Kantischen Philosophie, Kritische Darstellung 1876.

11) Vgl. z. B. Schv. S. 124.

Kleineidams Ausführung kaum haltbar erscheint, wonach die „Unmöglichkeit" stets vorliegen soll, wenn der Schuldner das ihm zuzumutende Maß von Kraft entfaltet hat, ohne die Leistung bewirken zu können.[12] Hierbei soll vollständig dahingestellt bleiben — was ja gar nicht zur Diskussion steht —, ob nicht doch in einzelnen Fällen genügend angestrengter Kraft der Schuldner zu mehr nicht verurteilt werden könne. Es sei nur darauf hingewiesen, daß gegebenenfalls ihm der B.G.B. § 242 hilft, wonach er die Leistung nur so zu bewirken verpflichtet ist, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Auch wird sich nicht wohl von einer logischen Berechtigung der Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen reden lassen,[13] sondern höchstens von verschiedener Anwendung einer und derselben Denkmethode. Und es kann wohl Kisch nicht recht haben, wenn er behauptet, daß der Begriff der Unmöglichkeit durchaus relativ sei und sich von dem der bloßen Schwierigkeit nicht scharf abgrenzen lasse, daß es sich hierbei lediglich um quantitative Unterschiede handele.[14] Ferner tritt schärfer noch der Irrtum hervor, der nach Ansicht des Reichsgerichts in einer seiner neuesten Entscheidungen[15] bei der Abfassung des Gesetzbuchs hier zugrunde gelegen haben soll: „daß auch alle positiven Rechtsverletzungsakte eines Vertragsteils in den Rahmen der Unmöglichkeit der ihm obliegenden Leistung gebracht werden können."

Kaum zutreffend dürfte danach auch die Entscheidung des Kammergerichts sein: „Hat ein Vertragsgenosse wiederholt seinen vertraglichen Verpflichtungen zuwider gehandelt, so kann hierin eine Unmöglichkeit für den Gegner verursacht werden, den Vertrag in Zukunft fortzusetzen, und demgemäß einen Rücktritt rechtfertigen."[16] Gemeint ist wohl nur, dem Vertragsgegner ist die Fortsetzung nicht zuzumuten.[17]

12) Vgl. insbesondere Kleineidam S. 14.

13) Trotz Kleineidam in Iherings Jhb. Bd. 43 S. 122 ff. — Das Wort „Unvermögen" übrigens nur in B.G.B. §§ 275 Abs. 2, 279.

14) Kisch S. 12 — Eine falsche Auffassung, vgl. z. B. bei Knott S. 3: „Betrachtung der Unmöglichkeit sowohl an sich als auch in Verbindung mit dem Schuldverhältnisse. Es dürfte sich empfehlen, einen abstrakten und einen konkreten Begriff der Unmöglichkeit zu unterscheiden."

15) Vgl. R.G. Bd. 54 S. 102.

16) K. G. v. 27. 6. 02. Bl. f. Rpflege i. B. des K. G. 02 S. 95.

17) So ist auch das Urteil des R. G. (J. W. 1901 S. 311 Nr. 18) zu verstehen, das ausführt, der Begriff der Unmöglichkeit der Leistung sei zu eng gefaßt, wenn man darunter nur die „objektive absolute Unmöglichkeit" der Erfüllung verstehe. „Es umfaßt dieser Begriff nämlich auch diejenigen Fälle, in denen die Möglichkeit der Bewirkung der Leistung durch Umstände ausgeschlossen ist, welche in der Natur des Einzelfalles begründet sind, in welchen vernünftigerweise die Fortsetzung eines Vertragsverhältnisses in der bisherigen Weise ausgeschlossen erscheint."

Aus der Deduktion über den Begriff der Unmöglichkeit folgt aber weiter, daß die Entscheidung des Richters, die Leistung des Schuldners sei unmöglich, weit mehr als eine tatsächliche Feststellung, nämlich ein Urteil ist[18]; daß also z. B. auf die Behauptung, es sei im konkreten Falle zu Unrecht eine Unmöglichkeit der Leistung angenommen, die Revision gegründet werden kann.[19] Ferner folgt aus dieser Auffassung der Unmöglichkeit, daß sie von der Partei, die ja nur Tatsachen vorzutragen hat, streng genommen gar nicht mit vorgetragen werden kann, daß also die B.G.B. §§ 323—325 insoweit gar keinen reinen Tatbestand enthalten, dieser vielmehr durch der richterlichen Subsumtion zu unterbreitende Fakta erst noch zu ergänzen ist.

Was freilich die Anwendung der Unmöglichkeitskategorie im einzelnen Rechtsfalle angeht, so gilt von ihr, wie für alle anderen Kantischen Kategorien, was Stammler über die Anwendung der Kausalitätskategorie sagt:[20] „Es verbleibt nichts, als sich in jedem besonderen Falle mit allgemeineren Erfahrungen und taktvoll empfundenen Erwägungen zu helfen[21], um ein einigermaßen haltbares Urteil auszusprechen."

Die Einordnung der Vorschriften über die Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen in die noch allgemeinere Regelung über die Unmöglichkeit bietet Schwierigkeiten, da die allgemeine Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in den §§ 275—282 ziemlich ausgedehnt ist. Die Anwendung des Grundsatzes der Folgerichtigkeit führt, wie wohl ohne weiteres klar ist, hier dazu, daß jede etwaige Abweichung von jener allgemeinen Regelung durch das Gegenüberstehen der Gegenleistung ihre Erklärung zu finden hat. Von vornherein fällt auf[22], daß zwei der Paragraphen, nämlich §§ 323 und 324 schon insofern auf die allgemeine Regelung zurückweisen, als sie sich überhaupt nur mit dem Anspruch auf die Gegenleistung beschäftigen und über die Leistung nichts enthalten. Der dritte Paragraph dagegen — § 325 — unternimmt unter teilweiser Wiederholung der früheren Vorschriften von sich aus eine völlige Neuregelung.

---

18) so auch Titze S. 30.

19) Entsch. d. bayr. oberst. L.G. Bd. 8 S. 599. (Titze a. a. O.)

20) Schv. S. 124.

21) Kisch empfiehlt S. 11 einen „Vergleich zwischen Art und Maß der geschuldeten Leistung einerseits und den Mitteln, die der Schuldner zu ihrer Bewirkung hat, auf der anderen Seite."

22) Kisch S. 94; Kleineidam S. 140; Schollmeyer § 324 Anm. 2 und Knott S. 45ff.

Nicht der die allgemeinere Regelung fundamental beherrschende Gegensatz zwischen ursprünglicher und nachfolgender Unmöglichkeit ist es, der hier zu inhaltlich verschiedenen Rechtsvorschriften geführt hat. Hinsichtlich der ursprünglichen Unmöglichkeit wird vielmehr Besonderes überhaupt nicht festgesetzt. Es ist daher die allgemeine Regelung durchweg, und zwar auch mit ihren Kontroversen zu übernehmen. Der Hauptstreit besteht hier darüber, ob innerhalb der ursprünglichen[23] Unmöglichkeit noch zu unterscheiden und verschieden zu behandeln sei: die objektive und subjektive Unmöglichkeit; mit anderen Worten, die Frage, ob der B.G.B. § 306, der festsetzt, ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag sei nichtig, auch das sogenannte Unvermögen treffe. Das Bedenkliche der Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen in der Einzelanwendung[24] läßt es wünschenswert erscheinen, beide, wie dies für die nachfolgende Unmöglichkeit gesetzlich besonders statuiert ist[25], vollständig gleichmäßig zu behandeln.[26] Allerdings ist darauf aufmerksam zu machen, daß die überwiegende Ansicht in der Litteratur[27]

---

23) Auch der Unterscheidung zwischen ursprünglicher und nachfolgender Unmöglichkeit wird die innere Berechtigung bestritten, insbes. von Titze S. 57, Versuche, die Unterscheidung entbehrlich zu machen, eod. § 11 III S. 237 — bestritten ist schon der „kritische" Zeitpunkt dieser Unterscheidung: Nach Titze S. 53 und Kisch S. 25 ff. ist es der Moment des Vertragsschlusses; nach Kleineidam S. 87 (vgl. auch Iherings Jhb. Bd. 43 S. 114) der Zeitpunkt der „Entstehung des Schuldverhältnisses": „Ein Schuldverhältnis liegt aber gemäß § 241 B.G.B. erst dann vor, wenn der Gläubiger berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern." Bei Kleineidam S. 2 die Unterscheidung als von wesentlicher Bedeutung.

Mit vollem Rechte hält es Titze S. 243 Note 46 für „wohl auch der juristischen Logik am meisten entsprechend, wenn bei anfänglicher Unmöglichkeit das Schuldverhältnis von Anfang an in dasjenige Stadium eintrete, in das es nach B.G.B. bei nachträglicher Unmöglichkeit mit dem Eintritt der Unmöglichkeit verfällt." — Hier zeigt sich ein Anklang an unseren Grundsatz der Folgerichtigkeit. — Vgl. auch die a. a. O angeführte Stelle aus Pernice, Labeo Bd. 2 S. 270 der 1. Aufl., Anm. 31.

24) Vgl. Titze S. 71: „Es kann für die Frage, welchen Einfluß hat das Nichtleistenkönnen des Schuldners auf seine Leistungspflicht, unmöglich von Wichtigkeit sein, ob neben dem Schuldner andere Leute zur Bewirkung der Leistung fähig oder unfähig sind." Vgl. auch eod. S. 73. — Kisch S. 10: „Überall wo die Leistung nach ihrer Natur oder nach dem Willen der Parteien nur von dem Schuldner bewirkt werden kann, ist ein bloßes Unvermögen nicht denkbar, vielmehr deckt sich dasselbe hier mit der Unmöglichkeit."

25) Allerdings nur in der allgemeinen Regelung § 275 Abs. 2; daß dies aber auch für §§ 323 ff. gilt, ist wohl außer Zweifel; vgl. Titze S. 164 Note 2, Endemann I § 127 II 3; Kleineidam S. 154 mit Begründung; Kuhlenbeck, B.G.B. § 323 Anm. 1.

26) So aber nur Stammler, Schv. S. 107 und Krug S. 388 ff. mit Begründung; Dernburg, B.G.B. II S. 131 mit Modifikationen.

27) Vgl. Planck II S. 47; Cosack II § 61; Kleineidam S. 46 mit der Begründung, daß jeder Dritte erfüllen könne, ohne daß die Identität der Leistung berührt werde. Vgl. ferner Titze S. 211 auch S. 59; Knott S. 34 mit geschichtlicher Begründung — Motive Bd. 2 S. 177.

und Praxis[28] im Anschluß an die Motive das Gegenteil vertritt. Doch sind die dafür geltend gemachten Gründe nicht unbedingt geeignet, die Gegenansicht völlig zu widerlegen. Indessen würde eine nähere Erörterung dieser Frage aus dem Rahmen der vorliegenden Untersuchung fallen. Bemerkt werden mag nur bezüglich der ursprünglichen Unmöglichkeit, daß die Freiheit von der Leistung hier selbstverständlich nach beiden Seiten wirken muß[29], und daß die Konvaleszenz des B.G.B. § 308 auch hier ihre Stelle hat.[30]

Die Hauptunterscheidung, die — und zwar ebenso in der allgemeinen Regelung, wie in der für die gegenseitigen Verträge — für die nachfolgende Unmöglichkeit zu machen ist, ist diejenige in solche, die zu vertreten und nicht zu vertreten ist, wobei natürlich bei den gegenseitigen Verträgen die Besonderheit hinzutritt, daß die Vertretungspflicht auch den Gegenkontrahenten treffen kann. Für den Gesetzgeber sind die Vorschriften, die sich an die Vertretungspflicht des einen Teils anknüpfen, die einfacheren: Hier sind nämlich lediglich Schutzvorschriften für den anderen Teil zu normieren. Der Fall indessen, wo jede Vertretungspflicht entfällt — die Glücksche Frage: „Wer trägt den Unglücksfall?“[31] — bietet das eigentliche legislative Problem.

Der Tatbestand der Vertretungspflicht fehlt in den Bestimmungen über die Unmöglichkeit. Was zu vertreten ist, steht auf einem anderen Blatt. Es findet sich bei den einzelnen Verträgen[32] normiert, und soweit besonderes nicht bestimmt ist, greift der Definitionsparagraph 276[33] ein. Hierbei ist interessant, daß ein reiner Tatbestand, wenn man der herrschenden Ansicht folgt, nur bezüglich des „Vorsatzes“ vorliegt. Dieser = Voraussicht des Erfolges stellt sich als einfache

28) Vgl. z. B. O.L.G. Hamburg in R.O.L.G. III S. 8.

29) Bechmanns sog. genetisches Synallagma; vgl. Kleineidam S. 130 — auch eod. S. 131; Schreier S. 119; Crome § 168, 1.

30) Kleineidam a. a. O.

31) Vgl. oben § 2.

32) Oder auch sonst, vgl. § 287.

33) Man hat darin den Satz finden wollen: „Wer seine Pflicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt, hat dem anderen Schadenersatz zu leisten“ (Crome, B.G.B. II S. 65), dagegen mit Recht Staub (Festschrift für den 26. Juristentag S. 33 f.): „Der § 276 B.G.B. gibt nichts weiter als eine Definition der zivilrechtlichen Schuld. Zivilrechtlich schuldhaft handelt — zu vertreten hat —, wer vorsätzlich oder fahrlässig handelt. Der Gesetzgeber bringt diese Definition im allgemeinen Teile des Rechts der Schuldverhältnisse, weil er mit diesem Begriff an zahlreichen Stellen operiert. Andernfalls wäre ja auch § 286 B.G.B. überflüssig.“

Analyse des Bewußtseins des Handelnden dar. Die Fahrlässigkeitsdefinition dagegen enthält bislang zugleich ein juristisches Werturteil, wenn man sie als „pflichtwidrige Nichtbeachtung" oder als eine „fehlerhafte Willensbestimmung" bezeichnet. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat hier ein Mehreres an Tatbestand eingefügt durch den Hinweis auf den „Verkehr". Das juristische Werturteil aber hat sich auch hier nicht eliminieren lassen: Es liegt in dem „erforderlich" des genannten Paragraphen versteckt[34].

Zwei Besonderheiten bei der Lehre von der Vertretungspflicht aber sind noch zu bemerken:

§ 276 regelt nur die Vertretungspflicht des Schuldners, nicht die in B.G.B. § 324 erwähnte des Gläubigers. Diese ist, wie sich das bei Kisch gut ausgeführt findet, im wesentlichen eine Pflicht zur Unterlassung: „Der Gläubiger ist zur positiven Förderung der geschuldeten Leistung regelmäßig nicht verpflichtet. Es darf aber auf der anderen Seite dieselbe nicht verhindern[35]."

Ferner ist bei der Gattungsschuld die Vertretungspflicht bekanntlich abweichend geregelt[36]. Hier hat man bei der Einordnung versucht, den Inhalt des Paragraphen so aufzufassen, als ob die Unfähigkeit zur Erfüllung einer Gattungsverbindlichkeit stets auf einem Verschulden oder auf einer Garantie des Schuldners beruhe, oder als ob, solange die Gattung noch bestehe, Unvermögen nicht eintreten könne[37]. Es ist aber wohl nicht der Zweck der Rechtswissenschaft, gesetzliche Ausnahmevorschriften in den Regeltatbeständen aufgehen zu lassen, in die sie sich

---

34) Abweichung bei Haftung für diligentia quam suis rebus adhibere solet. Doch ist dies ein gerade wegen seiner Subjektivität recht unbegründeter Maßstab.

35) Kisch § 9. Möglichkeiten wie er sie verhindern könnte a. a. O. S. 74—78; natürlich darf der Gläubiger auch keine unerlaubte Handlung begehen eod. S. 73. Auch kann er aus anderen Rechtsgründen zu positivem Tun verpflichtet sein müssen; dieser Gedanke ist eod. S. 72 wohl zu eng ausgedrückt. Etwas unbestimmt eod. S. 74: „Eine Verantwortlichkeit des Gläubigers ist unter Umständen auch dann begründet, wenn er selbst, nicht aber der Gegner bei Abschluß des Vertrages weiß oder wissen mußte, daß die Leistung des Schuldners unmöglich sein wird."

36) Hierzu Kisch § 12; Balcke, Welche Rechte hat der Käufer von Gattungssachen usw. Freiburger Diss. 1900.

37) Titze S. 14, vgl. aber auch S. 92: „Das was der Gesetzgeber im § 279 aussprechen wollte, war offenbar der selbstverständliche und einer besonderen Hervorhebung gar nicht bedürftige Satz: genus perire non censetur . . . das aber, was § 279 in Wahrheit besagt, ist etwas wesentlich anderes; er erklärt im Falle einer Gattungsschuld die subjektive Unmöglichkeit der Leistung für einen vom Schuldner bedingungslos zu vertretenden Umstand." Kleineidam S. 125.

nicht einfügen[38]. Ebensowenig dürfte aber auch Kisch's Vorgehen[39] gerechtfertigt erscheinen, „den tiefsten Grund unserer Vorschriften" in der Erwägung zu suchen: „Im zivilrechtlichen Verkehr herrscht allgemein der wichtige Grundsatz, daß jeder Mensch die Folgen seiner Mittellosigkeit zu tragen hat". Dieser wichtige Grundsatz[40] herrscht doch wohl nur insoweit, als ihn das Gesetz besonders anerkennt. Es erscheint mir unangängig, durch Verallgemeinerung konkret gefaßter Vorschriften diese zu erklären. Dabei läuft ein Fehler unter, auf den Stammler besonders aufmerksam gemacht hat: Solche Prinzipien müßten zweierlei Funktionen gleichzeitig haben, „erstens sollen sie eine formale Zusammenfassung von geschichtlich gegebenem Rechtsinhalte liefern, und zum anderen eine sachliche Begründung des also Zusammengefaßten ermöglichen. Das aber ist in sich nicht möglich".[41] Wenn es sich um die Frage handelt, wo der „Grund" einer Vorschrift gelegen sei, so ist auch dies nur ein Ausdruck für die allein berechtigten Fragen, inwiefern diese Vorschrift richtigem Rechte entspreche oder sich in das konkrete System einfüge. Die Art, wie der Paragraph im Gesetzbuch ausgedrückt ist, kann nicht eben glücklich genannt werden: Im Anschluß an Hartmann[42] hat Ubbelohde[43] darauf hingewiesen, daß „doch längst der verhängnisvolle Irrtum widerlegt sei, daß eine generische Verpflichtung, welche nach Treu und Glauben beurteilt werde, infolge eines Hindernisses der Leistung erst dann erlösche, wenn das geschuldete genus völlig zu existieren aufhöre, oder völlig dem Rechtsverkehr entzogen sei. Vielmehr müsse der Schuldner nach Treu und Glauben schon dann als befreit gelten, wenn er außer Stand gesetzt sei, den Vertrag so zu erfüllen, wie er gemäß verständiger Willensauslegung erfüllt werden sollte." — Nur ist eben hier eine

38) Natürlich ist gerade bei solchen „Ausnahmegesetzen" sehr auf ihre Umgrenzung acht zu haben. § 279 findet keine Anwendung, wenn der Schuldner gar nicht deshalb, weil er zur Erlangung geeigneter Gattungssachen außer stande ist, sondern aus anderen Gründen nicht leistet, z. B. weil er erkrankt oder zum Militär eingezogen wird, so Crome, B.G.B. § 158 bei Note 15; ferner nicht, wenn im ganzen genus eine solche Sache, welche die versprochenen Eigenschaften besitzt, nicht existiert; l. 9 § 1 D. 33, 6; l. 8 C. 8, 38; Mommsen S. 193; Kleineidam S. 157 ff.

39) S. 108, daselbst auch: „die Ausnahme des § 279 beruht nicht auf einem einheitlichen Gesichtspunkte, sondern auf verschiedenen Erwägungen praktischer Art."

40) Lediglich eine Steigerung des Anspruchs auf Kraftanstrengung des Schuldners wollen Hartmann S. 254 ff. und Ubbelohde, Civ. Arch. Bd. 85 S. 118 ff. als berechtigt anerkennen.

41) Stammler, Schv. S. 114.

42) Obligation S. 254.

43) Civ. Arch. 85 S. 118—122.

„Erfolgshaftung" ohne Verschulden eingeführt, wie an anderen Stellen auch.[44]

In dem „Umstande, den weder der eine noch der andere Teil zu vertreten hat" (B.G.B. §§ 275 und 323), ist der „Zufall" der bisherigen Theorie zum Ausdruck gekommen.[45] Die Ausdrucksweise des Gesetzbuches ist als tautologisch bemängelt worden[46], sie ist aber insofern ganz geschickt, als mit der Vermeidung des Wortes „Zufall" auch eine ganze Reihe abwegiger Theorien über den Begriff des Zufalls ausgeschaltet worden sind. Man hat diesen Begriff als einen selbständigen Erfahrungsinhalt in sich schließend aufgefaßt. Noch neuerdings wird dieser sogenannte objektive Begriff vertreten. Selbst Kisch bemerkt, als eine neuerliche richtige Erkenntnis der Rechtswissenschaft im Anschluß an Rümelin[47], der Ausdruck „Zufall" werde im Doppelsinne gebraucht: einmal bezeichne er das zufällige konkrete Ereignis selbst, ein andermal die abstrakte Eigenschaft der Zufälligkeit; hier sei immer nur der Begriff in der ersteren Bedeutung zu verwenden. Gerade „in der ersten Bedeutung" ist nach meiner Ansicht aus einer sprachlichen Inkorrektheit allmählich ein Fehler in der Sache hervorgewachsen: statt zu sagen, es ist etwas zufällig geschehen, konnte man allenfalls noch sagen, es ist ein Zufall, daß etwas geschehen ist. Das aber brachte den Irrtum, als ob der Zufall ein Begriff mit selbständigem Erfahrungsinhalte sei. In Wahrheit hingegen ist die Zufälligkeit wieder eine Kantische Kategorie, also eine bloße Denkmethode, vermöge deren gegebener Wahrnehmungsinhalt beurteilt wird. Es gilt von ihr alles, was oben über den Begriff der Möglichkeit gesagt worden ist, ja sogar — und hier hat Kant recht — daß sie das Gegenstück der Notwendigkeit ist. Es ist aber wohl überhaupt überflüssig, daß in den hier zugrunde gelegten Tatbeständen das Wort Zufall gebraucht worden

44) Kisch S. 112 setzt mit Recht neben diese Ausnahmevorschriften als ähnliche: Gewähr wegen Mangel im Rechte oder in der Sache, Haftung für Hilfspersonen..., Planck will in folgender Art erklären: „die Frage, ob Leistung aus der Gattung noch möglich ist, ist auch dann zu verneinen, wenn die Beschaffung von Gegenständen der fraglichen Art mit so außergewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden ist, daß diese Schwierigkeiten nach der Auffassung des Verkehrs der Unmöglichkeit gleich geachtet werden." Das weist auf den oben erwähnten Gesichtspunkt der Kraftanstrengungstheorie. Der Tenor dieser Entscheidung dagegen ist richtig. (B.G.B. § 242).

45) Wenigstens wenn man hier von den Ausnahmefällen absieht, in denen auch Zufälle, wie der Sprachgebrauch sich ungenau ausdrückte, zu vertreten waren.

46) Es wird nämlich behauptet, daß der Mangel der Vertretungspflicht mit der Befreiung von der Leistung identisch sei. Prot. I S. 3, 14; Laband, Civ. Arch. Bd. 73 S. 195. Dagegen Krug, „Unverschuldetes Unvermögen zu einer versprochenen Leistung" S. 50; vgl. Kisch S. 38 „vertreten heißt nicht den Schaden sondern die Verantwortlichkeit tragen"; aber auch S. 44 Note 1.

47) Der Zufall im Rechte.

ist; gemeint ist stets nur das Fehlen jeder Vertretungspflicht. Auch findet sich in der juristischen Litteratur bereits ausgeführt:[48] „Der Zufall steht im innigsten Zusammenhang mit dem Begriffe der Verantwortlichkeit selbst; je strenger dieser erscheint, um so enger ist sein eigenes Gebiet und umgekehrt; es sind daher besondere Vorschriften darüber, wann ein Ereignis als zufällig anzusehen sei, im Gesetze nicht erforderlich, vielmehr genügt es, wenn hier die Tatbestände behandelt sind, an welche sich eine Verantwortlichkeit des Schuldners knüpfen soll. Dagegen ist es Sache des Gesetzes, die Wirkungen [Rechtsfolgen] der zufälligen Ereignisse zu bestimmen."[49]

Verwendet wird im Tatbestande der §§ 323—325 noch der Begriff der teilweisen Unmöglichkeit. Hier ist richtig[50] darauf hingewiesen, daß offensichtlich dabei kein Gegensatz innerhalb des Unmöglichkeitsbegriffes vorliege, daß vielmehr die teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung genauer eine Unmöglichkeit teilweiser Erfüllung sei. Endemann hat darauf aufmerksam gemacht, daß die Entscheidung, ob eine teilweise Erfüllung anzuerkennen sei, nicht von der Teilbarkeit im sachenrechtlichen Sinne abhänge.[51] In der Tat kommt es auf die Teilbarkeit der obligatorischen Verpflichtung an.[52] Wenn Endemann weiter ausführt, die Möglichkeit teilweiser Erfüllung hänge zuerst von dem Inhalte des Vertrages ab[53], so kann das wohl richtig sein; könnte aber mißverstanden werden, da es ebensogut auch den wohl kaum richtigen Satz Kleineidams enthalten kann: „Für den Begriff der teilweisen Unmöglichkeit ist die Parteiintention maßgebend."[54] Diese sogenannte „subjektive Theorie" des Teilbegriffes ist jedoch widerlegt von Sokolowski[55], der seinerseits[56] aus der Definition des Aristoteles und Theophrast zu dem richtigen Schlusse kommt, „daß der Schwerpunkt jeder wahren Teilung in der Erhaltung des Begriffes

48) Kisch S. 37; Endemann I § 115, § 125 bei Note 26.

49) Vgl. Sächs. B.G.B. § 126 „Als zufällig sind Verletzungen anzusehen, welche dem, dessen Verpflichtung in Frage kommt, nicht zugerechnet werden können." — Allerdings sind in den Fällen, wo für Zufall gehaftet wird, regelmäßig wieder diejenigen Zufälle nicht zu vertreten, die auf „höherer Gewalt" beruhen. Die um diesen Begriff geführte Kontroverse, die zudem als hinreichend bekannt vorausgesetzt werden darf, auch in den Monographien über die Unmöglichkeit des B.G.B. in breitem Umfange erörtert wird, soll aber hier nicht näher behandelt werden, da sie zu weit abführen würde.

50) Kisch S. 9. 51) § 159[a] Note 17.

52) Damit ist natürlich nur auf den Gegenstand der Subsumtion als einen anderen hingewiesen; der Begriff der Teilbarkeit bleibt, wie gleich zu zeigen ist, stets derselbe. Das Beste über teilbare und unteilbare Obligationen wohl immer noch bei Bangerow, Pand. III § 567 Anm. 2.

53) a. a. O. 54) S. 94.

55) Die Philosophie im Rechte. 56) S. 439.

der Sache liege, da der Teil nur als dem Ganzen wesensgleich gedacht werden könne."[57] Und dieses stimmt auch am besten, zu der philosophischen Auffassung des Begriffes des Teils, denn (um hierauf nur kurz hinzuweisen) auch die „Allheit" (das Ganze — im Gegensatz zum Teil) ist eine Kantische Kategorie, nämlich neben Einheit (Maß) und Vielheit (Größe) die dritte auf der transzendentalen Tafel der Verstandesbegriffe, der Quantität nach.[58]

Im Verhältnis der drei Paragraphen (§§ 323—325) zueinander sind B.G.B. §§ 324 und 325, was ja u. a. für die Beweislast die bekannten Folgen hat, Ausnahmen von § 323. Was die an die Tatbestände angeknüpften Rechtsfolgen angeht, so hebt B.G.B. § 325 Abs. 1 Satz 3 besonders hervor, daß der Gläubiger statt der für die Vertretungspflicht des Schuldners normierten Rechtsfolgen, auch „die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen darf." Die Bestimmung ist aus Vorsicht von der Kommission für den zweiten Entwurf eingefügt worden, sie hätte aber m. E. auch wegbleiben können. Denn ebensogut wie der Gläubiger aus seiner Tatbestandserzählung die für die Vertretungspflicht des Schuldners sprechenden Momente weglassen könnte, würde auch der Richter bei der Beurteilung dieses Tatbestandes darauf Rücksicht zu nehmen haben, daß ja zugunsten des Gläubigers im Tatbestande der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit auch sämtliche Tatbestandsmerkmale der von niemandem zu vertretenden Unmöglichkeit darin stecken[59], und daher Rechtsfolgen auch aus jenen verlangt werden können.[60]

---

57) Der ab und zu verwendete „wesentliche Bestandteil" seinerseits geht darauf, daß bei seiner Abtrennung die Einheit der bleibenden Bestimmungen (eben das Wesen) des Verbundenen vernichtet würde.

58) Bei Leistung nur eines Teiles der Quantität finden denn auch unseren Begriff „recht eigentlich" verwertbar Kleineidam S. 25, Mommsen S. 153 ff. — Die obige Ausführung aber spricht durchaus nicht etwa dagegen, daß die teilweise Unmöglichkeit nicht etwa auch „eine qualitative, oder zeitliche, ja schließlich eine aus verschiedenen dieser Momente gemischte" sein könne (so Kleineidam S. 94). — Im Gegenteil spricht selbst § 139 B.G.B. (hierzu Kleineidam S. 26; Mot. zu B.G.B. § 306 II S. 177) nicht dagegen; sondern er weist nur darauf hin, bei juristischer Beurteilung diese Denkmethode im Sinne richtigen Rechtes zu verwenden. — So auch im B.G.B. §§ 280 Abs. 3 Satz 1, 325 Abs. 1 Satz 2, 326 Abs. 1 Satz 3; vgl. Endemann § 159[a] Note 17; auch Crome § 168 Note 7: „Dies kann dann auch zu einer entsprechenden Minderung der Gegenleistung führen; so besonders, wenn das Äquivalent nach dem Quantum bemessen ist." Arg. § 139 B.G.B., vgl. auch Dernburg, B.G.B. § 92 Ziff. I.

59) Aus den an die Tatbestände geknüpften Rechtsfolgen will das Verhältnis der beiden §§ (und das des § 326 zu § 323) ermitteln Staffel, Civ. Arch. Bd. 92 S. 467 ff.

60) Daß auch § 324 B.G.B. eine Ausnahmevorschrift zu § 323 sei; vgl. Knott S. 41, Kisch S. 40, Schollmeyer Ziff. 1 zu § 324. — Wenn freilich der Gläubiger,

Was weiter die Stellung der Vorschriften über die Unmöglichkeit zur Regelung der exceptio non adimpleti contractus angeht[61], so ist bereits darauf hingewiesen, daß der definitiven Klärung des Tatbestandes ein Definitivum auch in der Regelung der Rechtsfolgen entspricht. Nun ist aber darauf aufmerksam gemacht worden, daß auch die exceptio non adimpleti contractus bei Unmöglichkeit auf Seiten des Klägers peremtorische Funktionen haben könne.[62]

Der Beklagte werde hierdurch ebenfalls dauernd von der Leistung frei, da ja bei der Zwangsvollstreckung der Kläger die seinige zum Zug um Zug-Austausche nicht anbieten lassen könne. Das habe für ihn, den Beklagten, unter anderem den Vorteil, daß er seinerseits von der Beweislast für die Unmöglichkeit[63] — genauer nach dem Obigen: für die Tatsachen, aus denen die Unmöglichkeit zu folgern ist — frei werde. Daß aber hier doch eine wesentliche Verschiedenheit besteht, zeigt sich am besten darin, daß der Beklagte auf diese Weise auf den viel größeren Vorteil des definitiven Austrags des Streites verzichtet haben würde. Nach Jahren und unter gänzlich veränderten Umständen würde ihm der Gerichtsvollzieher die in dem Urteile beschriebene Gegenleistung vielleicht

---

der die Unmöglichkeit selbst zu vertreten hat, Rechte aus § 323 (etwa aus dem letzten Teil des Abs. 1 oder aus Abs. 2) geltend machen würde, so könnte ihm der beklagte Schuldner diese durch die Korrektur des Tatbestandes gemäß § 324 B.G.B. nehmen, da dessen besondere Tatbestandsmerkmale selbstverständlicherweise gegen den fordernden Gläubiger wirken müssen. Daß aber andererseits auch in diesem Falle der andere Teil den Anspruch auf das stellvertretende Kommodum hat, findet sich ausgeführt bei Schollmeyer, Note 2 zu § 324. (arg. § 281, der sowohl § 275 als § 280 im Auge hat.)

61) Gemeint ist natürlich nur, auf Seiten derselben Partei; selbstverständlich kann gegen die exceptio non adimpleti contractus die Unmöglichkeit repliziert werden. Vgl. Schollmeyer Note 3 zu § 323: „Wenn der Kläger repliziert, die Leistung sei ihm infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich, so hat er im Bestreitungsfall die Unmöglichkeit der Leistung und seine Schuldlosigkeit an ihr zu beweisen. Gegenüber dieser Replik, aus welcher sich ergibt, daß der Kläger keinen Schadensersatz zu leisten hat, daß also die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht zutrifft, kann dann der Beklagte duplizieren, daß er danach von der Gegenleistung gänzlich befreit sei, weil er den Untergang der Leistung ebensowenig zu vertreten habe."

62) Titze S. 170 ff., Kisch S. 49 ff.; Kisch ist aber der Ansicht, daß ein Unterschied darin bestehe, daß die exceptio kraft Parteiwillens die Unmöglichkeit kraft Gesetzes wirke. — Regelsberger lehrt (Iherings Jhb. Bd. 40 S. 266): Die Einrede (des nicht erfüllten Vertrags) kann nur so lange entgegengesetzt werden, als die Erfüllung der ausstehenden Forderung noch möglich ist." Der Tatbestand der exceptio sagt aber doch über Möglichkeit überhaupt nichts. — Vgl. Petersen, Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Rost. Diss. 1900 § 16 S. 61 ff., woselbst sich über die exceptio gegenüber dem Anspruche auf das Kommodum und über das Verhältnis von § 275 und § 323 Beachtenswertes findet.

63) Dies auch hervorgehoben bei Kalthoff, Freib. Diss. 1901 S. 30, vgl. auch Schollmeyer Note 3 zu § 323.

doch anbieten können, und er hätte dann seinerseits ebenfalls noch dem Urteile zu genügen.[64]

Bekanntlich ist von verschiedenen Seiten, worauf weiter unten noch einzugehen sein wird, darauf hingewiesen, daß auch in allen Verzugsfällen im Grunde stets eine Unmöglichkeit vorliege. So, wie das Argument dort vorgebracht wird, könnte es aber ebensogut auch in den Fällen der exceptio non adimpleti contractus geltend gemacht werden. Wenn nämlich eingewandt wird, daß von der Gegenseite noch nicht erfüllt ist, so ist auch hier die Leistungszeit meist, ebenso wie beim Verzuge stets, bereits verstrichen. Dadurch aber, daß das Gesetz besondere Rechtsfolgen ausdrücklich für den Fall des Vorliegens der Unmöglichkeit vorschreibt, ergibt sich anscheinend, daß sich die Partei, obwohl sie, wie gesagt, streng genommen die Unmöglichkeit selbst nicht vorzutragen hat, ja sogar gar nicht vortragen kann, gleichwohl, wenn sie die dafür statuierten Rechtsfolgen für sich in Anspruch nimmt, auf das Vorliegen solcher Unmöglichkeit besonders berufen muß. Denn andernfalls würde der Richter auch bei Sachvortrag nach B.G.B. §§ 320—322 oder B.G.B. §§ 326—327 im Sinne der §§ 323ff. entscheiden können, wenn er nur intra petitum bliebe (was insbesondere bei § 326 sehr wohl möglich wäre). Wollte man jedoch solche besondere Berufung verlangen, so wäre dies eine merkwürdige Einschränkung des sonst dem Richter zustehenden Rechtes, den Tatbestand vollständig frei von Rechtsausführungen der Partei seinerseits zu subsumieren. Für eine solche singuläre Ausnahme von einem Grundprinzip unserer Rechtspflegevorschriften aber ist selbst die unbequeme Tatsache, daß auch andere Gesetzestatbestände als die §§ 323ff. das Tatbestandsmerkmal der Unmöglichkeit unausgesprochen in sich tragen, kein „zureichender Grund". Praktische Schwierigkeiten scheinen sich bislang noch nicht herausgestellt zu haben.

Was im einzelnen die an die Unmöglichkeitstatbestände angeknüpften Rechtsfolgen angeht, so sind, wie gesagt, die an die zu vertretende Unmöglichkeit geknüpften die einfacheren: Der Pflicht zur Vertretung im Tatbestande entspricht in der Rechtsfolge die Pflicht zur Leistung des Interesses.

---

64) Mir scheint, daß auf diesen „interimistischen Charakter" der Zug um Zug-Urteile noch nicht genug geachtet ist. Es lohnte wohl die Untersuchung, ob obige Behauptung, daß sie noch nach Jahren und unter gänzlich veränderten Umständen vollstreckt werden dürfen, wirklich so uneingeschränkt aufrecht erhalten werden kann. — Daß die Vollstreckung der Zug um Zug-Urteile auch sonst zu Schwierigkeiten führt, vgl. bei Neumann in Jur. Wochenschrift 1901 S. 740f.

§ 324 setzt für den Fall, daß die Unmöglichkeit der Leistung vom andern Teil zu vertreten ist, fest, daß der Anspruch auf die Leistung dessen, der die Unmöglichkeit der Leistung des anderen zu vertreten hat, erhalten bleibt. Er gibt in diesem Anspruche dem unschuldigen Teile das auf diese Weise am bequemsten und sichersten zu berechnende positive Vertragsinteresse.[65] Die dem richtigen Rechte entsprechende Einschränkung bei dieser Berechnung gibt der Satz 2, der insbesondere bei Unterlassung der Verringerung des Schadens noch verlangt, daß solche „böswillig" geschehe, denn auch auf dieses Mehr an fehlerhafter Willensbestimmung muß bei Auseinandersetzung dieser „Sondergemeinschaft"[66] die gebührende Rücksicht genommen werden.[67] Andererseits liegt eine kleine Entgleisung darin, daß hier plötzlich nur von anderweiter Verwendung der Arbeitskraft die Rede ist[68], während die Regelung doch prinzipiell für alle gegenseitigen Verträge erfolgen soll.

Für den Fall, daß dem einen Teile die Leistung aus Umständen unmöglich wird, die er selbst zu vertreten hat, wird dem anderen Teile die Wahl gegeben, das positive oder das negative Vertragsinteresse zu verlangen. Denn so sind die beiden Rechte auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt vom Vertrage[69] aufzufassen. Das letztere gilt freilich sehr „cum grano salis", denn natürlich kann in concreto

---

65) Die Frage, ob es außerdem noch einen Schadensersatzanspruch nach allgemeinen Grundsätzen gebe, bejaht Meisner Schp. Note 1 Abs. 2 zu § 324 mit Recht nur für den Fall einer etwa begangenen unerlaubten Handlung. Vgl. auch Kisch S. 72 ff.; Titze S. 180; Kleineidam S. 139, 140: „Die Schadensersatzpflicht fällt hier, soweit allein die Vertragsverhältnisse in Betracht kommen mit der Gewährung der Gegenleistung zusammen; denn der Schuldner, dessen Leistung unmöglich geworden ist, hat im allgemeinen an seiner eigenen Leistung nur insoweit ein Interesse, als er dieselbe zur Erwerbung der Gegenleistung hätte verwenden können ... Damit ist aber natürlich die Ersatzpflicht des schuldigen Teils auf ein etwaiges weiteres Interesse des Leistungsschuldners nicht berührt, wenn das vertragswidrige Verhalten des Leistungsgläubigers zugleich eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. B.G.B darstellt." — Vgl. auch Crome B.G.B. § 170 Nr. 2: „Eine Befreiung des Gegners tritt nicht ein. Sonst könnte sich jeder vom Vertrage losmachen, indem er die Gegenleistung verhindert."

66) Im Sinne des „methodischen Hilfsmittels" vgl. Stammler, Lehre vom richtigen Rechte S. 281.

67) Vgl. auch Kleineidam S. 142.

68) So auch Kisch S. 91: „Diese Fassung erklärt sich geschichtlich, ist aber offenbar zu eng, vielmehr muß eine Anrechnung überall stattfinden, wo die leistungspflichtige Partei aus dem ursprünglich geschuldeten Gegenstand einen Vermögensvorteil erwirbt, den sie sonst nicht gezogen hätte" ....

69) Zum Rücktrittsrecht vgl. u. a. Türke, Rücktritt vom zweiseitigen Vertrag 1891; Littmann, Das gesetzliche Rücktrittsrecht nach B.G.B. (Berlin 1902) und Hofmann, „Inwieweit kennt das B.G.B. ein gesetzliches Rücktrittsrecht vom Vertrage?" Greifsw. Diss. 1900.

das negative Interesse viel größer sein als bloßer Rückerhalt der eigenen Leistung; für die meisten Fälle aber wird sich diese Anschauung wohl halten lassen.[70]

In der allgemeinen Regelung fehlt[71] — und das ist, um dies gleich hier voraus zu nehmen, die einzige Abweichung bei der Festsetzung der Rechtsfolgen — das Rücktrittsrecht.[72]

Die Besonderheiten in der Ausgestaltung des Rücktrittsrechts[73] erklären sich lediglich daraus, daß die Rechtsordnung mit ihrem vorher aufgestellten Satze zusammenstimmend verbleiben muß, daß auch beim gegenseitigen Vertrage jede Leistung solvendi causa, d. h. zur Befreiung von übernommener Verpflichtung, zu bewirken ist[74], daß also diese Verpflichtung zunächst in Wegfall gebracht werden muß. Deshalb wird das Verlangen nach Wiederherstellung des früheren Zustandes in der Weise „konstruiert", d. h. mit dem Bestehen der Verpflichtung zur Gegenleistung in Einklang gebracht, daß durch das Rücktrittsrecht eine Verpflichtung des anderen Teils — natürlich nur unter entsprechender Verpflichtung des Rücktrittsberechtigten — zur „Rückgängigmachung des ursprünglichen Vertrags" begründet wird. Ob es für ein Gesetzbuch nötig oder auch nur ratsam war, diesen konstruktiven Umweg zu wählen, mag füglich dahingestellt bleiben. Die Erforschung der gesetzlichen Rechtsfolgen wäre wohl einfacher geblieben, wenn man diese Konstruktion der Wissenschaft überlassen hätte.[75]

---

70) Nur liegt eben eine positive Einschränkung der Berechnung vor, wie vorher bei dem positiven Vertragsinteresse des § 324, das nicht weiter gehen soll, als die Gegenleistung austrägt. Vgl. übrigens hierzu Kisch S. 152.

71) Daß, insoweit der Schadensersatzanspruch gegeben ist, nur eine Wiederholung des § 280 vorliegt, in Prot. II S. 1281. Kleineidam S. 144, Ortmann § 325a, 1a, Titze S. 186 Note 41, Knott S. 46 Note 1. — Natürlich findet auf die Fälle des § 325 auch § 282 Anwendung; vgl. Titze S. 186, Endemann I § 127 II, Planck II S. 99; a. A. Schollmeyer S. 197, 3; vgl. auch Kleineidam S. 143.

72) A. L. R. § 397 ff. I 5 kannte, wie oben § 4 erwähnt, das gesetzliche Rücktrittsrecht schon bei bloßem Nichterfüllen. — Nach der Regelung des B. G. B. ist das Rücktrittsrecht vom vertragsmäßigen hierher verpflanzt. — Ähnlich, wie das Retentionsrecht gegenüber der rei vindicatio (§ 1000 B. G. B.).

73) Motivierung seiner Einführung bei Crome § 170 3a „Austauschgeschäfte schließt man nicht ab, um sich für sein gutes Geld mit Schadensersatz abspeisen zu lassen, man muß ohne Weitläufigkeit die Gegenleistung retten können."

74) Vgl. dazu Kisch S. 135.

75) Zur Frage des teilweisen Rücktrittsrechts vgl. Schollmeyer S. 209c; Stammler Schv. S. 130f.; Titze S. 188 — Prot. II S. 44; es sei Frage des einzelnen Falles, ob eine teilweise Leistung in der Weise vorliege, daß sich ein teilweiser Rücktritt vom Vertrag ermöglichen lasse. — Auch dann ist die Entscheidung hinsichtlich der Teilbarkeit im Sinne Kants zu treffen.

Die Ausübung des Rücktrittsrechts schafft ihrerseits wieder ein gegenseitiges Schuldverhältnis, auf das nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift die B.G.B. §§ 320 und 322 entsprechende Anwendung finden. Bei der Unmöglichkeit aber treten nicht die Vorschriften der §§ 323 ff.[76], sondern B.G.B. § 347 ein.

Was die Leistung des positiven Erfüllungsinteresses, den Schadensersatz wegen Nichterfüllung, angeht, so ist die wichtigste und praktisch am meisten erhebliche Kontroverse die, ob der Gläubiger, der dieses Recht geltend macht, seinerseits zur Bewirkung seiner Leistung verpflichtet bleibt. Dies wird von den meisten Theoretikern[77] aus dem Grunde bejaht, weil der Gelderſatz schlechterdings völlig in die Stelle der unmöglichen Leistung eintrete und sonach nicht der geringste Grund erfindlich sei, warum die Gegenleistung in Wegfall kommen soll. Praktisch wünschenswert ist dieses Ergebnis nicht, und es ist ganz charakteristisch, daß es gerade die Praktiker sind[78], welche die Gegenansicht vertreten. Neuerdings ist sie bekanntlich von Schöller[79], dahin formuliert, durch die Unmöglichkeit der einen Leistung löse sich der ganze Vertrag in einen einseitigen Interesseanspruch des nicht schuldigen Teiles auf. Sie geht aber zurück auf Keyßner, der bereits in seinem Kommentar zum Handelsgesetzbuche ausführte:[80] „An Stelle der beiderseitigen Vertragsleistungen tritt die Leistung des Interesses, das der Nichtsäumige an dem vertragsmäßigen Austausch der beiderseitigen Leistungen hatte; hierdurch werden alle effektiven Vertragsleistungen beider Teile, mögen sie stattgefunden haben oder noch ausstehen, absorbiert, also nicht nur die

76) „Wodurch sich ein immer neues Rücktrittsrecht in einem regressus in infinitum einschieben könnte", Stammler Schv. S. 130 — Was weiter die Anwendbarkeit der §§ 326, 327 auf dieses gegenseitige Schuldverhältnis angeht, so wird auch diese geleugnet und die Ansicht vertreten, der säumige Schuldner hafte lediglich auf Schadensersatz nach den Vorschriften der B.G.B. §§ 284 f., vgl. aber unten Teil IV zu B.G.B. § 354.

77) Vgl. Crome § 170 Note 41: „Das Recht auf Schadensersatz wurzelt im Vertrage, dessen Inhalt also auch im übrigen fortbestehen bleibt", Kleineidam S. 145; Titze S. 145: „an die Stelle der unmöglichen Leistung tritt als ihr juristisches Äquivalent die Verpflichtung des Schuldners zum Schadensersatz — das Schuldverhältnis bleibt wenn auch mit verwandeltem Inhalte bestehen"; auch eod. S. 185.

78) u. a. Staub, Exkurs zu H.G.B. § 374 Anm. 21—25, Förtsch J. Ztg. 1902 S. 64 ff.

79) bei Gruchot Bd. 44 S. 603 ff., 45 S. 511 ff. und 46 S. 1 ff., vgl. namentlich Bd. 44 S. 622 ad 3c, 326, 2: „Beweist nicht der Umstand, daß Voraussetzung der Entstehung des Schadensersatzanspruches der Mangel des Interesses des Berechtigten an der Erfüllung des ganzen zweiseitigen Vertrages ist, daß Voraussetzung der Geltendmachung desselben Anspruches unmöglich die Bewirkung der Leistung des Berechtigten, d. h. die teilweise Erfüllung dieses selben Vertrages sein kann?"

80) Anm. 5 zu Art. 355. — Merkwürdigerweise ist er in der reichhaltigen Litteraturangabe der Reichsgerichtsentscheidung Bd. 50 S. 263 f. nicht mit aufgeführt.

Lieferungspflicht des Verkäufers, sondern auch die Zahlungspflicht des Käufers. Es ist ein Abgehen vom Vertrage, wenngleich nur ein faktisches. Der Nichtsäumige ist berechtigt, faktisch von der Erfüllung des Vertrags von beiden Seiten abzugehen; die Vertragsverbindlichkeiten lösen sich in einen Anspruch auf Schadensersatz, der dem Nichtsäumigen zusteht, auf." Nach dem Vorgange verschiedener Oberlandesgerichte[81] hat sich denn auch das Reichsgericht[82] dieser Ansicht angeschlossen. Es motiviert in erster Linie mit dem Wortlaute des Gesetzes, den Materialien und der praktischen Konsequenz, daß anderenfalls keine klaren Verhältnisse geschaffen würden.

Dieser Auffassung ist aber auch vom Standpunkte konsequenter Theorie der Vorzug zu geben.[83] Die Gegenansicht überschätzt die Selbständigkeit der einzelnen synallagmatisch verbundenen Verpflichtungen. Diese Selbständigkeit wird durch die Regelung des Gesetzbuchs bezüglich der exceptio non adimpleti contractus durchaus nicht etwa besonders hervorgehoben, sondern es wird dadurch nur gerade der Austauschzweck zum Ausdruck gebracht.[84] Ferner ist hervorzuheben, daß ja die Leistungspflicht des nichtschuldigen Teiles nach B.G.B. § 323 schon wegfällt, wenn der andere Teil seine Unmöglichkeit gar nicht zu vertreten hat (nur daß eben in diesem Falle kein weiterer Ausgleich zu leisten ist), und da nun faktisch der Gelderſatz durchaus nicht der ursprünglich geschuldeten Leistung gleich zu rechnen ist, so steht meines Erachtens nichts im Wege, die Berechnung des positiven Interesses, derart zu treffen, daß zunächst des Ersatzberechtigten eigene Leistung einbehalten und nach ihrem Werte veranschlagt wird, vom anderen Teile aber nur der Mehrwert der Gegenleistung zuzusetzen ist. Denn zweifellos will der B.G.B. § 325 den nicht schuldigen Teil erheblich besser stellen als der B.G.B. § 323. Nach der Gegenauffassung aber wäre es sehr leicht möglich, daß der vertragstreue Teil sich relativ besser geschützt sehen würde, wenn er nur nach § 323 vom Vertrage abginge,

81) R.O.L.G. Bd. 2 S. 33, 217; Bd. 4 S. 224.

82) Bd. 50 S. 264 ff. Die Entscheidung ist dort zwar nur für den Schadensersatz nach § 326 gegeben; für den nach § 325 aber gilt, — bei der schon erwähnten und späterhin noch zu erörterten Gleichheit im Tatbestand — in dieser Beziehung dasselbe.

83) Vgl. jetzt namentlich auch Rehbein B.G.B. II S. 202.

84) Vgl. übrigens auch in der Reichsgerichtsentscheidung S. 266: „Die im B.G.B. zweifelsohne anerkannte, allerdings beschränkte Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung reicht im vollen Maße zu, um die hier vertretene Annahme des Gesetzgebers zu rechtfertigen."

als wenn er von den angeblich weitergehenden Rechten des § 325 Gebrauch machte. Freilich muß dem Berechtigten auch zugestanden werden, sein positives Interesse unter Bewirkung und Berücksichtigung seiner Leistung geltend zu machen. Er hat eben beide Berechnungswege.

Vier Wahlrechte[85] sind dem vertragstreuen Teil gegeben in der ersichtlichen Meinung, daß er auf jede nur denkbare Weise in seinen Vertragsintentionen geschützt werden müsse, wie dies ja auch durch das Tatbestandsmerkmal der Vertretungspflicht des anderen Teils hinreichend motiviert ist. Vielleicht aber wäre es doch besser gewesen, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch, wie das römische und gemeine Recht, nur einen allgemeinen Interesseanspruch vorgeschrieben und dessen Durchführung dem einzelnen Falle überlassen hätte. Denn gerade dadurch, daß der Berechtigte sich für eines dieser Wahlrechte definitiv zu entscheiden habe, hat ihn eine wohl allzu ängstliche Rechtslehre aus Sorge um juristische Konsequenz in erhebliche Fährlichkeiten gebracht.[86] Die Erwägungen, daß der Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf dem Rechtsgrunde des Vertrages erwachse, während der Rücktritt diesen Rechtsgrund gerade wieder beseitige[87], haben zu der Behauptung verführt, daß die beiden Rechte jedenfalls nicht nebeneinander ausgeübt werden dürften.[88] Ja es ist sogar gefolgert, daß, wenn einmal der Rücktritt erklärt sei[89], auf das positive Vertragsinteresse nie wieder zurückgegriffen werden dürfte.

---

85) Kisch — vgl. z. B. S. 149 — führt aus: Die Erklärung des Rücktritts sei die Ausübung einer bloßen Befugnis. Was fehlt denn dem Rücktrittsrechte zum subjektiven Rechte?

86) Das Verhältnis der in § 325 erwähnten Rechte zueinander ausführlich erörtert bei Schollmeyer Note 5 zu § 325; vgl. auch Kämpfe, Einfluß nachfolgender Unmöglichkeit auf obligatorische Rechtsverhältnisse nach gem. R. und B.G.B. Freiburger Diss. 1901. — Daß jedenfalls keine „Wahlschuld" vorliegt, bei Titze S. 158, 192; Knott S. 52 ff.

87) Kleineidam S. 148 — so auch das R.G. Bd. 50 S. 266: „Durch den Rücktritt erlischt das durch den Vertrag begründete Schuldverhältnis auch für die Vergangenheit, und es können nur noch kondiktionsähnliche Ansprüche auf Wiederherstellung des Zustandes, wie er vor Abschluß des Vertrags gewesen, in Frage kommen."

88) Vgl. Knott S. 48 Note 5.

89) Nach A. L. R. § 401 I 5 konnte, wenn einmal Rücktritt gewählt war, Schadensersatz nicht mehr gewählt werden. Jetzt geht die herrschende Ansicht dahin: Nach „Erklärung" erlischt das „jus variandi" bez. des Rücktrittes. (Titze S. 194; Schollmeyer Note 5[a]) und des „Abgehens vom Vertrage" (Schollmeyer Note 5[b], Titze S. 194); erst nach „Erfüllung" dagegen, bez. des Schadensersatzanspruches (Schollmeyer Note 5[c], Titze S. 193) und des Anspruches auf das stellvertretende Kommodum (Schollmeyer Note 5[b], Titze S. 194); außerdem jedes nach rechtskräftiger Verurteilung (Schollmeyer Note 5). — Kisch, der wie an anderer Stelle bemerkt, für die Ausübung jedes der Wahlrechte ausdrückliche Erklärung des Gläubigers verlangt, will jedesmal die Erklärung für unwiderruflich halten, S. 158 f.

Zwar klingt es sehr einleuchtend, daß durch Ausübung des Rücktrittsrechts der ursprüngliche Vertrag, mithin die Grundlage des Schadensersatzanspruches beseitigt werde. In Wirklichkeit aber wird er keineswegs schlechthin beseitigt[90], er besteht fort, und es sind nur neue obligatorische Verpflichtungen erschienen, die gerade erst auf seine Beseitigung hinstreben. Er kann also sehr wohl noch die Grundlage besonderer Ansprüche bilden, und es fragt sich nur, ob diese neuen Verpflichtungen wieder beseitigt werden können, oder ob sie im Wege stehen. Wenn der Schadensersatz real geleistet wäre, wäre ja der ursprüngliche Vertrag erloschen, mithin jede weitere auf seine Beseitigung gerichtete Verpflichtung nicht nur zwecklos, sondern auch nichtig. Vorher aber können diese Verpflichtungen kaum im Wege stehen, da nirgends eine positive Bestimmung ersichtlich ist, welche dem Berechtigten verböte, in seinen Rechten zu wechseln. Es ist ja bekannt, welch komplizierten Umweg das Gesetzbuch einzuschlagen für nötig gefunden hat, um zum Ausdruck zu bringen, daß ein Gläubiger, dem verschiedene Rechte zustehen, von einem bestimmten Zeitpunkt ab nicht mehr wechseln dürfe. Hierauf beruht der noch später zu erwähnende B.G.B. § 465, der die Konstruktion eines Anspruchs auf eine Willenserklärung vorsieht, nur um festzustellen, daß vom Moment des Einverständnisses des anderen Teils mit der getroffenen Wahl der Wahlberechtigte keine Wahl mehr hat. Hier, bei Rücktritt und Erfüllungsinteresse, fehlt jeder Anlaß zu ähnlicher Festlegung. Auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt können wohl nebeneinander geltend gemacht werden. Selbstverständlich verringert sich bei dieser Geltendmachung neben dem Rücktrittsrecht der Schadensersatzanspruch um den Wert der zurückgeforderten eigenen Leistung (wie vorher um den Wert der einbehaltenen). — Nur kann nach besonderer Vorschrift des § 355 B.G.B. auf das Rücktrittsrecht nicht mehr zurückgegriffen werden, falls etwa der andere Teil zu dessen Ausübung eine angemessene Frist gesetzt hat und diese unbenutzt verstrichen ist.[91]

Daß der Anspruch auf das stellvertretende Kommodum — ein Anspruch auf Leistung an Erfüllungsstatt — kumulativ mit dem Schadens-

90) A. A. Kisch S. 143 bei der „Wirkung des vollzogenen Rücktritts." „Zunächst hebt er das Vertragsverhältnis unter den Parteien auf. Beide werden befreit, der Gläubiger von der übernommenen Verbindlichkeit, der Schuldner von der Entschädigungspflicht für die unmöglich gewordene Leistung."

91) Ganz allgemein will Kisch S. 154ff. — nach Analogie der Regelung bei der Wahlschuld — einen Übergang des Wahlrechts auf den Schuldner für den Fall anerkennen, daß der Gläubiger die Wahl verzögert. Wenn auch die ausdrückliche gesetzliche Grundlage hierfür fehlt, so ist doch zuzugeben, daß nach richtigem Rechte nach gewisser Zeit sehr wohl das Wahlrecht übergehen kann.

ersatzanspruch (so daß sich dieser letztere insoweit mindert) geltend gemacht werden kann, wird wohl nirgends bezweifelt.[92] In diesem Falle ändert sich übrigens die Berechnung dadurch, daß kraft positiver Vorschrift des B.G.B. § 323 Abs. 2[93] die hier zu bewirkende Gegenleistung mit in Ansatz zu bringen ist.

Endlich kann der vertragstreue Teil noch in jedem Falle, auch wenn er schon Schritte zur Durchführung der anderen Rechte getan haben sollte, nach § 323 Abs. 1 vom Vertrage abgehen, wobei er ja, wenn er noch nichts geleistet hat, also auch keinen Kondiktionsanspruch geltend machen will, weiter nichts nötig hat, als einfach jedes weitere Vorgehen gegen den Mitkontrahenten zu unterlassen.[94] Aber auch etwa von ihm bereits Geleistetes würde er dann noch — allerdings nur insoweit, als es zur Zeit der Einforderung noch vorhanden ist — zurückverlangen können. Dies ergibt sich ohne weiteres daraus, daß ja, abgesehen von allen Vertragsfestsetzungen, der Tatbestand der Kondiktionen in idealer Konkurrenz vorliegen würde. B.G.B. § 323 Abs. 3 konstatiert dies zu allem Überflusse; wenn es nicht geschrieben stände, wäre wohl ebenso zu entscheiden[95], da die Ansicht von der Subsidiarität der Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung m. E. widerlegt ist.[96]

Die an die teilweise Unmöglichkeit geknüpften Rechtsfolgen reihen sich ohne weiteres schlüssig ein. Soweit der andere Teil an der Restleistung kein Interesse mehr hat, gelten überhaupt die Vorschriften der völligen Unmöglichkeit. Es folgt dies ohne weiteres aus B.G.B. § 242. Es läßt sich darüber streiten, ob das Gesetzbuch nötig gehabt hätte, dies hier nochmals ausdrücklich festzusetzen. Dem Verlust des Gegenanspruchs entspricht hier der Anspruch auf die verminderte Gegenleistung (natürlich gegen entsprechende Minderung der eigenen Leistung). Gesetzestechnisch

92) So auch Kisch S. 151; Titze S. 142; namentlich Kleineidam S. 148.

93) und zwar ist dies das wesentlich Neue der synallagmatischen Vorschrift, während der Anspruch auf das Kommodum selbst schon durch B.G.B. § 281 gegeben ist.

94) A. A. Kisch S. 149: „Die Rechte des § 323 treten im Falle des § 325 anders als nach § 323 nicht unmittelbar, sondern nur kraft besonderer Willensäußerung des Gläubigers ein, weil mehrere Befugnisse gegeben sind, zwischen denen eine Entscheidung getroffen werden muß." Auch Kleineidam verlangt und zwar wegen des Wortes „geltend machen" eine Erklärung; er bezeichnet die Geltendmachung der Rechte aus § 323 sogar als „qualifizierten Rücktritt" (S. 152), auf den sich auch die Fristbestimmung des § 355 mit ihrer Ausschlußfolge beziehe. — Vgl. auch Kalthoff S. 31.

Die Willensäußerung, vom Vertrage abzugehen, würde aber doch mindestens auch konkludent sowie auch durch Stillschweigen geschehen können.

95) So auch Kisch S. 51; aber aus besonderen Gründen gerade der hier behandelten Fälle des § 323.

96) Vgl. Stammler in der Festgabe der Hallischen Juristenfakultät für Fitting 1903.

ist beachtenswert, daß diese Minderung erst beim Kaufe geregelt ist und hier nur in Bezug genommen wird (§ 323 Abs. 1 letzter Halbsatz).

Der Verlust des Gegenanspruchs ist auch die Rechtsfolge der von keinem Teile zu vertretenden Unmöglichkeit. Es ist diese allgemeine Regelung, wie schon erwähnt, die am meisten bemerkenswerte Abweichung vom gemeinen Rechte[97], das beim Kauf und den anderen Veräußerungsgeschäften den entgegengesetzten Standpunkt vertrat und nur bei der Miete und den anderen Gebrauchsüberlassungsverträgen den Grundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs kannte. Auch diese Regelung wird auf das Wesen des zweiseitigen Vertrags zurückgeführt.[98] Zur allgemeinen Regelung stimmt sie, wie gesagt, insofern, als die Befreiung von der Leistung, die der B.G.B. § 275 statuiert, hier nach beiden Seiten wirkt.[99] So bestimmte z. B. auch der Dresdener Entwurf in einem Artikel (276): „Ist dem Schuldner ohne eine von ihm zu vertretende Verschuldung (durch Zufall) die Erfüllung der Verbindlichkeit unmöglich geworden, so wird er von seiner Verbindlichkeit befreit und hat dem Gläubiger für den daraus entstandenen Schaden nicht zu haften ..... Dagegen hat der Schuldner, wenn die Verbindlichkeit eine gegenseitige ist, keinen Anspruch auf die Gegenleistung und muß, falls er die letztere bereits empfangen hat, das Empfangene zurückgeben."

Bechmann hält es bekanntlich gerade für ein Zeichen eines „ausgebildeten" Rechts, „die Zweiseitigkeit auch im Vollzuge, und zwar über das objektiv-funktionelle Synallagma hinaus, zu wahren".[100]

Von den sämtlichen allgemein vorausgestellten Paragraphen ist aber naturgemäß diese Rechtsvorschrift diejenige, die im besonderen Teile am meisten modifiziert wird.

---

97) Hellmann in Civ. Arch. Bd. 90 S. 392 folgert aus den Quellen, daß die nach Entstehung der Stipulationsobligation eintretende rechtliche Unmöglichkeit ihrer Erfüllung diese aufhebt, wenn den Schuldner eine Verantwortung für diese Unmöglichkeit nicht trifft. — Für gem. R. vgl. Windscheid II § 321 Note 16 — 19b; Mommsen I S. 345—352, 402—404; III S. 415ff.; dazu Titze S. 164, vgl. oben § 2.

98) Schollmeyer Note 1 a. E.: Mit dieser Regelung trägt das B.G.B. dem Wesen des synallagmatischen Vertrags Rechnung, welchem es nicht entsprechen würde, wenn ungeachtet des durch Zufall herbeigeführten Wegfalls der Verbindlichkeit des einen Teils die Verbindlichkeit des anderen Teils fortbestünde.

99) Vgl. auch Crome § 170 I 1; Knott S. 41; Mommsen S. 162—178; Hartmann S. 183; auch Kleineidam S. 135, 138.

100) „Den Käufer zu befreien, wenn der Verkäufer durch Zufall von seiner Verbindlichkeit befreit wird." Kauf I S. 590ff., 598; II S. 100. Der gegenteilige Standpunkt sei nur begründet „für das Stadium der geschichtlichen Entwicklung, welches noch nicht zur Ausbildung des subjektiv-funktionellen Synallagma und der bona fides gelangt sei."

Das Recht auf das stellvertretende Kommodum, das natürlich bis zur Befriedigung des Gläubigers eventuell auch kumulativ mit dem Abgehen vom Vertrage geltend gemacht werden kann[101], ist unter dem Gesichtspunkte einer Modifikation des Erfüllungsanspruchs[102] ähnlich der Lieferung einer mangelfreien Sache beim Gattungskauf[103] aufzufassen, und die eventuelle Minderung der Gegenleistung stimmt ihrerseits zusammen mit der völligen Befreiung bei gänzlicher Unmöglichkeit ohne Kommodum.

Wenn Schollmeyer[104] die Ansicht vertritt, die Kondiktion greife nicht Platz, wenn der Gläubiger der kasuell untergegangenen Leistung dem Schuldner erklärt hätte, er beanspruche den erlangten Ersatz oder Ersatzanspruch, so kann nach dem oben über die Wahlrechte nach B.G.B. § 325 einerseits und die Nichtsubsidiarität der Kondiktion andererseits Gesagten dem nicht beigetreten werden. Der Kondiktionsanspruch bleibt vielmehr in idealer Konkurrenz, soweit nicht auf den anderen Wegen eine Entschädigung eingetreten ist.[105]

§ 6. Verzug und „positive Vertragsverletzungen."

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in Ablehnung der Theorie Knieps[1] von der objektiven mora zum Tatbestande des Schuldnerverzugs — und nur um diesen handelt es sich in §§ 326 f.[2]) — das Verschulden

101) so daß nur insoweit vom Vertrage abgegangen wird, als das Surrogat nicht zureicht; a. A. Schollmeyer Note 5 zu § 323 a. E. Vgl. auch Schreier S. 25.

102) Vgl. auch Kisch S. 199: „Der Ersatz ist Schadensausgleichung, er nimmt die Stelle eines untergegangenen Vermögenswertes ein."

103) oder auch gleich dem Nachbesserungsanspruch beim Werkvertrage. Matthiaß meint I 344, es handele sich in § 281 „um eine positive Anordnung über die Leistung des Schadensersatzes." Vgl. Mot. II S. 46; Titze S. 117 Note 35; daselbst (S. 124) auch eine selbstverständliche Modifikation des § 281 in § 323: „Bei gegenseitigen Verträgen würde der Gläubiger von dem Dritten (Ersatzverpflichteten) nicht mehr an Schaden ersetzt bekommen als die von ihm zu prästierende Gegenleistung beträgt."

104) A. a. O.

105) Vgl. auch Kleineidam S. 138: „Die Vorschrift des § 323 Abs. 3 ist wohl bloß eine praktische Anwendung der Vorschrift des Satzes 2 von § 812 Abs. 1 und der römischen condictio causa finita."

1) Die Mora des Schuldners nach römischem und heutigem Recht, 2 Bde. 1871, 1872.

2) Daß zwischen Schuldner- und Gläubigerverzug ein gemeinsamer Oberbegriff „Verzug" nicht aufzustellen ist, beide Rechtsinstitute vielmehr völlig getrennte Grundlagen haben, ist neuerdings wohl unbestritten. Vgl. auch Paech S. 20. eod. S. 26: „Der Gläubigerverzug basiert auf der bloßen Nichtgeltendmachung eines Rechts; er läßt keine neuen Verbindlichkeiten des Gläubigers zur Entstehung gelangen und führt auch zu keiner Erweiterung der ursprünglichen Verbindlichkeit, sondern nur zu einer Abschwächung der schuldnerischen Obliegenheiten." — Natürlich können bei den gegenseitigen Verträgen Gläubiger- und Schuldnerverzug sehr wohl in der Person eines und desselben Individuums miteinander konkurrieren. Vgl. Paech S. 27.

des nicht rechtzeitig Leistenden verlangt; oder genauer: es hat dem Schuldner den Entlastungsbeweis verstattet, daß die Leistung infolge eines Umstandes unterblieben sei, den er nicht zu vertreten habe.

Von den Rechtsfolgen her auf die Ausgestaltung der Tatbestände schließend, hat man darauf, daß das gemeine Recht beim Verzuge des einen Teils dem anderen einen Anspruch auf das Interesse gab, die Behauptung gegründet, die mora sei überhaupt nur eine besondere Erscheinungsform der culpa. Noch Vangerow führt aus, das gerade das eigentlich spezifische Merkmal der wahren mora die culpa des Säumigen sei."[3]

Pernice ist es gewesen, der gezeigt hat[4], daß dies der Geschichte des Institutes nicht entspricht, und daß trotz des „non stat per aliquem, quominus" — des zweiten römischen Ausdrucks für den Verzug[5] — die beiden Begriffe von ganz verschiedener Herkunft und Verwandtschaft sind. „Nur an einer schmalen Stelle des großen Gebietes berührt sich die culpa mit der mora: diese ist nicht rechtzeitige Erfüllung, und das ist ein Fall nicht ordnungsmäßiger Vertragsleistung." Es wird dies hier deshalb besonders hervorgehoben, weil das Reichsgericht[6], worauf in der Folge dieses Paragraphen noch einzugehen ist, ganz neuerdings auf die Auffassung zurückgekommen ist, in B.G.B. § 326 „den Ausspruch eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes über schuldhafte Nichterfüllung gegenseitiger Verträge in der besonderen Anwendung auf den Verzug" zu finden.[7]

Die Stellung, welche die Vorschrift des § 326 im Gesetzbuch gefunden hat, hat dazu geführt[8], hauptsächlich den Verzugstatbestand mit dem der Unmöglichkeit zu vergleichen und die mora als eine zeitliche Unmöglichkeit oder eine „teilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit"[9] zu bezeichnen. Demgegenüber scheint es der Aufgabe der Rechtswissenschaft nicht zu entsprechen, wollte man sich auf die bloße Erklärung beschränken:[10] „Wäre Nichterfüllung bei Ablauf der Erfüllungszeit Un-

3) Pand. § 588 Anm. 1.
4) Labeo II 2 S. 4. — Noch Kuhlenbeck, V. d. Pand. z. B.G.B. II S. 100 bezeichnet den Leistungsverzug als Sonderfall kontraktlichen Verschuldens.
5) Labeo II 2 S. 25f.: „Von Servius, Labeo und Proculus gebraucht .... aber dieselben frühkaiserlichen Juristen gebrauchen den Ausdruck auch von Vereitelung und Verhinderung, von Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Leistung."
6) R.G. Bd. 54 S. 102. Entsch. v. 6. März 1903, auch abgedruckt in Juristen-Ztg. 1903 S. 216.
7) R.G. a. a. O.
8) Wohl in direktem Zusammenhange mit der Mommsenschen Darlegung.
9) Titze S. 41.
10) so Staub in der Festschrift für den 26. Juristentag.

möglichkeit der Erfüllung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches; was hätte dann der § 326 für einen Zweck und eine Bedeutung? es wäre ja dann die ganze Lehre vom Verzuge überflüssig; den vom Gesetzgeber geschaffenen Gegensatz zwischen Unmöglichkeit der Erfüllung und Erfüllungsverzug dürfe man doch nicht dadurch verwischen, daß man von zeitweiser Unmöglichkeit spreche, wenn zur Erfüllungszeit nicht erfüllt werde."[11]

Andererseits wird darauf hingewiesen: im Wesen der Zeit liege es, daß, wenn sie einmal verstrichen sei, „sie durch keine Macht der Welt wieder zurückgerufen werden könne"[12], und abgesehen von der peinlichen Vorstellung, die diese gegenständliche Ausdrucksweise[13] bei demjenigen hervorruft, der da erkannt hat, daß die Zeit ja weiter nichts ist als eine reine Form unserer Anschauung, wird man zugeben müssen, daß hierin jedenfalls die richtige Auffassung liegt, daß nach Versäumung des rechten Erfüllungstermins die Leistung jedenfalls nie mehr gerade so bewirkt werden könne[14], wie sie vertragsmäßig verabredet war.

Lediglich daß der Gläubiger in der Lage ist, auf diesen Fehler verzichten zu können[15], und daß er gleichwohl auch an der verspäteten Erfüllung noch ein Interesse haben kann[16], rechtfertigt es, daß an einen besonderen Tatbestand des Verzuges besondere Rechtsfolgen angeknüpft werden, welche die Unmöglichkeitsfolgen[17] nach der Richtung hin modi-

---

11) Dagegen war die zeitweise Unmöglichkeit im ersten Entwurfe besonders berücksichtigt, § 237 (vgl. jetzt B.G.B. § 275); vgl. Seuff. Arch. Bd. 45 Nr. 176. — Kisch S. 22 wendet sich gegen die Behandlung der zeitweiligen Unmöglichkeit als teilweiser Unmöglichkeit, da die Rechtsfolgen anders seien.

12) Titze S. 33.

13) Besonders gewaltsam bei Paech S. 18: „Infolge des unzureichenden menschlichen Vermögens die Zeit in eine rückläufige Bewegung zu versetzen." — Vgl. Mot. zu § 245 d. Entw. II S. 56; Mommsen S. 212 ff.; Kleineidam S. 25 Note 12.

14) Dies trifft auch die von Paech S. 18 aufgeführten Fälle, bei denen die Grenzen des Verzugs weiter reichen als die der Unmöglichkeit; hingegen vgl. Titze S. 12: „den unbenutzt vorübergelassenen Zeitpunkt bekommt der Schuldner, auch wenn er nicht hat leisten wollen, nie zurück."

15) Allerdings nicht aus Laune oder Belieben, vielmehr macht Paech S. 133 richtig darauf aufmerksam, daß auch für den Gläubiger trotz des Verzuges die Verpflichtung noch fortbestehe, die geschuldete Leistung vom Schuldner entgegenzunehmen. Vgl. auch Titze S. 149, 161.

16) Vgl. Paech S. 10. „Die eventuelle Nachholbarkeit der Leistung wird damit zu einem Kriterium des Verzuges gestempelt" — vgl. Crome § 156; ähnlich auch Kleineidam S. 25 — vgl. auch Endemann § 159a Note 12; auch eod. Note 5 über Mangel und Verzug.

17) Diese Folgen treten unmittelbar ein, wenn der Tatbestand der Unmöglichkeit durch Versäumung der Leistungszeit insofern gegeben wird, als die Leistungszeit — sei es nachträglich oder schon von Anfang an (Fixgeschäfte) — als so wesentlich erscheint, daß der Verzicht als ausgeschlossen angesehen werden muß. Vgl. Paech S. 9: wenn die Nichtbeachtung der Zeitbestimmung „das ursprüngliche Schuldver-

fizieren, daß der Gläubiger auf die Leistung, soweit sie im übrigen noch möglich ist, sein Recht nicht verlieren soll.[18] Jedenfalls kann dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Anerkennung nicht versagt werden, daß es sich bei seiner Verzugsregelung mit der Unmöglichkeitsregelung durchaus zusammenstimmend verhalten hat; insbesondere wird auch hier ein Rücktrittsrecht erst bei den gegenseitigen Verträgen gegeben.[19].

Was die Regelung des Verzuges bei gegenseitigen Verträgen im Verhältnis zu der allgemeinen Verzugsregelung angeht, so ist hervorzuheben, daß die B.G.B. §§ 326, 327 nicht an die Stelle, sondern neben die allgemeinen Verzugsregeln treten.[20] So beruht z. B. der Anspruch auf den Verzugsschaden und auf die Verzugszinsen, sowie die Belastung des im Verzug Befindlichen mit der Gefahr auch bei den gegenseitigen Verträgen lediglich auf den allgemeinen B.G.B. §§ 286 ff. Schadensersatz wegen Nichterfüllung (also nicht bloß Ersatz des Verzugsschadens) ist nach der allgemeinen Regelung (B.G.B. § 286 Abs. 2) gegeben für den Fall des mangelnden Interesses an der Leistung.[21]

---

hältnis in seinen Grundvesten zerstört"; auch eod. S. 10 Anm. 6; Schollmeyer Note 6 zu § 326. In manchen Fällen soll stets die Unmöglichkeitsregelung an die Stelle derjenigen des Verzuges treten: bez. der Unterlassungsverbindlichkeiten vgl. Treitel, Unmöglichkeit der Leistung und Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten (Berlin 1902). Paech S. 21 ff. hält Verzug hier für möglich „wenn die Unterlassung eine auf die Dauer gerichtete ist", vgl. Stammler Schv. S. 145; vgl. auch Schreier S. 45.

18) Immerhin ließe sich wohl auch der Standpunkt vertreten, daß schon die richtige Handhabung der Unmöglichkeitsregelung (natürlich nur soweit vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit in Betracht kommt) namentlich unter Berücksichtigung der Gesetzesbestimmung, daß die Schadensersatzpflicht den Anspruch auf Herstellung des Zustandes in sich schließt, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (B.G.B. § 249), zu denselben Grundsätzen geführt hätten, die jetzt für den Tatbestand des Verzuges (abgesehen von der an die Fristsetzung geknüpften Singularität) besonders festgesetzt worden sind.

19) Nicht nur die Behandlung im einzelnen (Crome § 171 2 b β); auch der Grund seiner Einführung ist hier derselbe, wie bei § 325; vgl. Crome § 171 Note 3, denn auch das Rechtsmittel des § 283 B.G.B. geht für den nicht säumigen Teil nicht in allen Fällen weit genug, da es erst rechtskräftige Verurteilung und dann noch die Gewährung einer Nachfrist voraussetzt. — Das römische Recht kannte das Rücktrittsrecht nur vereinzelt, vgl. für die Miete l. 24 § 4 D. 19, 2.

20) Schollmeyer Note 1 zu § 326, Paech S. 151 f.

21) Das Interesse muß aber gerade infolge des Verzuges mangeln. Im gem. R. wurde die Ansicht vertreten, daß, wenn jedes Interesse des Gläubigers an der Erfüllung wegfalle, die Obligation erlösche. Dernburg Pand. § 68 Note 4; hiergegen Krückmann im Civ. Arch. Bd. 90 S. 88 ff., der aus der Hauptstelle l. 32 D. 19, 2 nur herauslesen will (S. 97), der Schuldner könne die Erfüllung verweigern, so lange er ein berechtigtes Interesse an der Nichterfüllung habe. — Des weiteren wird S. 101 auf Grund von Einzelvorschriften des B.G.B. eine „Einrede aus entgegenstehendem eigenen Interesse" konstruiert, die über §§ 321, 610 hinausgehe. Diese soll indessen nichts zu tun haben mit den „Bestimmungen, die den Gedanken enthalten, daß der Gläubiger sich eine für ihn wertlose Leistung unter gewissen Umständen nicht gefallen

An dessen Stelle tritt allerdings hier das mangelnde Interesse an der Erfüllung des Vertrags; das Synallagma verlangt notwendigerweise, auch bei Feststellung des Interessemangels Berücksichtigung der Gegenleistung.[22]

Für die gegenseitigen Verträge besonders vorgeschrieben ist aber, daß, abgesehen vom Falle des Interessemangels, die Forderung des Vertragsschadens schon gegeben ist in dem Falle, daß eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung mit der Erklärung bestimmt ist, die Annahme der Leistung werde nach dem Ablaufe dieser Frist abgelehnt werden.[23] So einwandsfrei nun aber die Verzugsregelung für den Fall des mangelnden Interesses ist, so bedenklich muß diese Anknüpfung so weittragender Rechtsfolgen an die bloße im freien Belieben des anderen Teils stehende Fristbestimmung erscheinen. Sie läßt sich wohl nur aus dem Gedanken rechtfertigen, daß hier der Schuldner, obwohl er kann, also böswillig, dem anderen Teile die zugesicherte Leistung verweigert und ihn durch diese Böswilligkeit schädigt. Außerdem ist das Mittel der Fristbestimmung zweischneidig; es soll die Situation nach beiden Seiten klären: Obwohl der Gläubiger nachher noch an der Leistung das erheblichste Interesse haben kann, hat er doch durch die Fristbestimmung seinen Anspruch hierauf verwirkt. Hierdurch wird die Partei auf die tunlichste Vorsicht bei der Handhabung dieser Fristbestimmung hingewiesen, und insofern mag die Vorschrift in der Anwendung nicht gar zu ungerecht erscheinen. — Im übrigen geht es ihr wie allen anderen streng formellen Vorschriften: es wird ihre Berechtigung in besonderen einzelnen Fällen angezweifelt. Bekanntlich hat sich eine ganze Zeitschriftenlitteratur[24] an die Frage geklammert, ob diese Fristsetzung auch

---

zu lassen braucht und wegen dieser Wertlosigkeit gewisse im einzelnen sehr verschiedene Rechtsbehelfe gegen den Gegner hat" (B.G.B. §§ 325, 326, 469, 543)."

22) Ortmann Note 5 zu § 326.

23) Der Nichtsäumige beruft sich also entweder auf Nichterfüllung und Unmöglichkeit, oder Nichterfüllung und mangelndes Interesse, oder Nichterfüllung und Fristsetzung und Ablauf, um vom Vertrage loszukommen. — Das erstere kann er vor Fälligkeit, vgl. Kleineidam S. 95; Mommsen S. 147; Kisch S. 25; Knott S. 60.

24) Vgl. u. a. Brückmann, Nachfrist bei Erfüllungsweigerung, Jur. Ztg. 1902 S. 220—221; Rosenberg, Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung, Pos. jur. Monatsschr. 1902 S. 37—39; Simonson, Fristbestimmung und Androhung aus § 326 B.G.B. bei erklärter Erfüllungsweigerung, Jur. Ztg. 1902 S. 121—122; Niedner, Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung, Jur. Ztg. 1901 S. 443—445; Staub, Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung, Jur. Ztg. 1901 S. 478 bis 479; Erler, Bedarf es der Fristbestimmung auch bei vorzeitiger Erfüllungsweigerung des anderen Teils?, Recht 1901 S. 421—423; Hangen, Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung, Jur. Ztg. 1903 S. 49. — Jetzt ist die Frage für die Praxis

dann noch erforderlich sei, wenn der andere Teil schon vorher erklärt habe, er werde zur Erfüllungszeit nicht leisten.[25]

Was endlich — um die Erörterung über die allgemein vorausgestellten Regeln zum Abschlusse zu bringen — die Bestimmung des B.G.B. § 327 Satz 2 angeht, so hält es schwer, überhaupt einen Tatbestand dafür zu finden.[26] Stammler[27] meint, es sei damit der Fall geregelt, daß dem im Verzug befindlichen Schuldner die Leistung zufällig gerade während der ihm gestellten Nachfrist unmöglich geworden ist, und der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde. Auch für diesen Fall aber wäre die Bestimmung — ganz abgesehen von der Frage, ob solche kompliziert gehäuften Tatbestände überhaupt besonders zu regeln waren — m. E. überflüssig.

Während bisher schon ab und zu darauf hingewiesen war, daß bei der Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf die einzelnen Verträge Einschränkungen zu machen seien, ist jetzt noch die entgegengesetzte Frage zu erörtern, ob denn das Bürgerliche Gesetzbuch genügend allgemeine Bestimmungen vorausgestellt habe.

Da ist zweierlei nun auffällig:

Zunächst ist bemerkenswert, daß bei der verspäteten Leistung Regeln nur für den Fall gegeben sind, daß die Verspätung zu vertreten ist, nicht aber für den Fall, daß sie nicht zu vertreten ist. Als einzige Regel könnte man vielleicht die schon erwähnte Vorschrift des B.G.B. § 361 ansehen. Dies ist aber nur eine Auslegungsregel, und wenn die Vereinbarung fester Frist oder Zeit als Vereinbarung eines Rücktrittsrechts angesehen werden soll, so ist es nicht eben verwunderlich, wenn zutreffendenfalls das bedungene Rücktrittsrecht auch zugelassen wird. Damit soll indessen nichts gegen die praktische Brauchbarkeit der Regel selbst gesagt sein. Sie beruht auf der Erfahrung, daß die Parteien viel eher Vertragspflichten nachdrücklich einschärfen als bereits beim Vertrage die Folgen etwaiger Vertragswidrigkeit in Erwägung ziehen.

---

erledigt, das Reichsgericht hat die Fristbestimmung, wie nicht anders zu erwarten war, für nicht erforderlich erklärt. Vgl. J.W. 1902 Beil. S. 246; auch eod. S. 263 Nr. 189; auch O.L.G. Königsberg in Seuff. Arch. Bd. 57 S. 391 und O.L.G. Hamburg eod. S. 442.

25) Vgl. auch die Frage wegen teilweisen Verzugs, wenn zwischen Fristbestimmung und Fristablauf Teilleistungen erfolgen. — Hierzu R.G. in Seuff. Arch. Bd. 57 S. 356 ff.

26) Der Satz ist erst in der zweiten Kommission eingefügt; vgl. § 279 des II. Entw. — Einen weiteren Anwendungsfall bietet B.G.B. § 636, vgl. unten Teil IV § 18 S. 158.

27) Stammler, Schv. S. 146.

Für den Fall des Mangels jeder Vertretungspflicht bei der Verspätung ist die Ansicht aufgestellt[28], es sei in Analogie zu B.G.B. § 323 ein Recht auf Zurückweisung der verspätet angebotenen Leistung und (aus ungerechtfertigter Bereicherung B.G.B. § 323 Abs. 3) ein Rückforderungsrecht des etwa bereits Geleisteten zu konstruieren. Das letztere ließe sich aus der allgemeinen Kondiktionenregelung vielleicht rechtfertigen; das erstere aber dürfte sich im positiven Rechte schwer begründen lassen; namentlich dann, wenn sogar der Nachweis eines objektiv berechtigten Interesses des Gläubigers an der Zurückweisung nicht nötig sein soll.

Sodann aber fällt hauptsächlich auf, daß sowohl in der Unmöglichkeits- als auch in der Verzugsregelung für den vertragstreuen Teil Schutzbestimmungen nur in dem Falle gegeben sind, daß er die Leistung des anderen Teils nicht erhält, nicht hingegen in dem Falle, daß er mit der erhaltenen Leistung aus irgend welchen Gründen nicht zufrieden ist, oder daß der Gegenkontrahent sonst irgendwie gegen die Vertragsintentionen tätig wird. Es hat sich hieran ein bekannter, neuerdings durch die Aufsätze von Staub[29] und Dernburg[30] entfachter Streit geknüpft, zu dem auch das Reichsgericht[31] bereits Stellung genommen hat. Es ist oben schon ausgeführt, daß diese „positiven Vertragsverletzungen" jedenfalls nicht in die „Unmöglichkeit der Leistung" eingereiht werden können. Ebenso muß es aber als nicht wohl angängig angesehen werden, wenn man versucht hat, zu jeder auf ein positives Tun gerichteten Verpflichtung eine entsprechende Verpflichtung zu erfinden auf Unterlassung gegenteiliger Handlungen[32], und sich dann die Rechtslage so vorgestellt hat, als ob diese negative Verpflichtung durch positives Zuwiderhandeln unmöglich geworden sei. Natürlich kann, wie dies B.G.B. § 241 Satz 2 ausdrücklich hervorhebt, die geschuldete Leistung auch in einem Unterlassen bestehen. Dies ist, wie Kipp[33] richtig hervorgehoben hat, der eine Fall positiver Vertragsverletzungen, bei denen

28) Eod. S. 150.

29) „Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen" in Guttentags Festschrift für den 26. deutschen Juristentag S. 31—56.

30) „Über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung" in Nr. 1 der deutschen Juristenztg. 1903 S. 1 ff.

31) R.G. Bd. 54 S. 102, abgedruckt Jur. Ztg. 1903 S. 215 f.; vgl. hierzu den Aufsatz von Kipp, „Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen" in Jur. Ztg. 1903 Nr. 11 S. 253—256.

32) Vgl. z. B. Schöller bei Gruchot Bd. 46 S. 26 ff.

33) a. a. O. S. 253.

durch Zuwiderhandeln sehr wohl Unmöglichkeit und auch Verzug[34] bewirkt werden kann. Des weiteren aber handelt es sich hier um selbständige Verpflichtungen auf ein bestimmtes Tun; und es ist gar kein Gedanke daran, daß jeder positiven Verpflichtung zu einem Tun zugleich eine negative zum Unterlassen des Gegenteils entspräche.[35]

Zur Begründung seiner Ansicht hat Staub zwei, „im Bürgerlichen Gesetzbuche zwar nicht ausgesprochene, aber ihm gleichwohl innewohnende allgemeine Rechtsgrundsätze" aufgestellt:

I. Die Rechtsfolge der schuldhaften Verletzung einer bestehenden Verbindlichkeit besteht in der Verpflichtung zum Schadensersatz, sofern nicht diese Rechtsfolge durch Gesetz beseitigt ist.[36]

II. Wer positive Rechtsverletzungsakte vornimmt, welche die Erreichung des Vertragszweckes gefährden, muß sich gefallen lassen, daß die Folgen dieser Pflichtverletzungen ebenso beurteilt werden wie die Pflichtverletzungen desjenigen, der durch sein negatives Verhalten, durch schuldhafte Verzögerung der geschuldeten Leistung, die Erreichung der Vertragszwecke gefährdet.[37]

Der erste Satz aber darf doch nicht etwa als ein losgelöst von Zeit und Ort bestehender Rechtssatz gedacht werden, denn das hieße in die Fehler des Naturrechts zurückverfallen. Überhaupt kann m. E. nicht zugegeben werden, daß irgend welche Rechtssätze derart selbstverständlich seien, daß sie gelten würden, auch ohne in eine Kodifikation ausdrücklich aufgenommen oder nach den Regeln über die Bildung eines Gewohnheitsrechts entstanden zu sein. Ohne besondere Grundlage in der konkreten Rechtsordnung gelten nicht einmal deren „allgemeinste Grundlagen". Das Privateigentum und die private Vererbung sind ebenso, wie die allgemeine Rechtsfähigkeit als Gemeingut aller Menschen im Bürgerlichen Gesetzbuche ausdrücklich vorgeschrieben.

Den zweiten Satz stellt Staub nicht mit diesem absoluten Geltungsanspruche auf, sondern er gründet ihn auf die Rechtsanalogie[38] aus B.G.B. § 326. Aber selbst Dernburg, auf dessen Auffassung der Rechtsanalogie er sich dabei beruft, findet die daraus gezogenen Folgen über-

34) Vgl. in diesem Paragraphen oben Note 17.

35) Allenfalls ist unter gewissen Einschränkungen eine solche denkbar, wenn nämlich die positiven Vertragsberechtigungen ihrerseits beschränkt sind; so hat z. B. bekanntlich der Mieter nur ein beschränktes Gebrauchsrecht.

36) a. a. O. S. 32.

37) a. a. O. S. 49.

38) a. a. O. S. 48.

trieben und mit der sonstigen positiven Festsetzung nur wenig vereinbar. Richtig ist, daß, wenn die gekaufte Ware vor der Abnahme beanstandet wird, allerdings sodann die Verzugsfolgen geltend gemacht werden können[39], nach der Abnahme aber ist der Käufer lediglich auf die besonderen Rechte aus dem Kaufvertrage angewiesen und hat ein allgemeines Rücktrittsrecht nur gemäß der §§ 325, 326 B.G.B.[40] Es mag auch darauf hingewiesen werden, daß die Vorschriften über die einzelnen Schuldverhältnisse an verschiedenen Stellen ausdrücklich vom positiven Zuwiderhandeln gegen Vertragspflichten reden[41], und gerade diese besondere gesetzliche Festlegung zeigt wohl auch[42], daß von allgemeiner Regelung abgesehen worden ist. Es mag bedauerlich sein, daß das Bürgerliche Gesetzbuch, das in der allgemeinen Unmöglichkeits- und Verzugsregelung mehr versprochen hat, als es bei der Einzelordnung überall zu halten imstande gewesen ist, andererseits bezüglich der positiven Vertragsverletzungen für die praktische Anwendung vielleicht zu wenig vorausgestellt hat. Nach dem geltenden Rechte aber läßt sich eine allgemeine Aufstellung irgend welcher Vorschriften in streng juristischer Methode von uns nicht geben.[43]

---

39) Dernburg a. a. O.; zustimmend Kipp S. 256.

40) Dernburg bemerkt mit Recht, daß bei einzelnen Verträgen das Rücktrittsrecht aus „wichtigem Grunde" hier konkurriere.

41) Insbesondere beim Kaufvertrage (vgl. Kipp S. 255 und die unten über Fehler und Mängel der Leistung zu gebenden Ausführungen). — Vgl. auch Kipp S. 253: „Staub faßt unter den Begriff der positiven Vertragsverletzungen ... 2. [den Fall], daß jemand eine Leistung, die er zu bewirken hat, zwar bewirkt, aber fehlerhaft."

42) Vgl. z. B. §§ 459 ff., 550, 553, 554, 618, 633, 634, 635, 640, 650 BGB.

43) Auch Kipp lehnt (S. 255) das allgemeine Rücktrittsrecht ab; er versucht aber zur Begründung wenigstens der allgemeinen Schadensersatzpflicht „ausdehnende Auslegung des § 276 B.G.B." (S. 254); dieser Paragraph definiert jedoch bloß, wie schon oben (§ 5) ausgeführt ist. — Richtig allerdings a. a. O., daß bez. der positiven Vertragsverletzungen die Parallele zur Unmöglichkeit näher liege als zum Verzuge. Sehr gut führt Kipp S. 254 f. aus, daß in dem Falle, der dem Reichsgericht zur Beurteilung vorlag, schon die einfache Anwendung des § 325 B.G.B. zur Entscheidung führen mußte: Der Käufer hatte sich die ihm obliegende Mitwirkung zur Preisfestsetzung unmöglich gemacht.

Zweiter Teil.

Die Anwendung der §§ 320—322 des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf die einzelnen gegenseitigen Schuldverhältnisse.

§ 7. Die einzelnen gegenseitigen Schuldverhältnisse.

Der rein einseitigen Verträge, in denen auf keinen Fall ein Recht auf unmittelbar zusammenhängende Gegenleistungen ausbedungen werden kann, gibt es verhältnismäßig wenige. Das markanteste Beispiel ist die reine Schenkung. Schon nicht mehr würde das Schuldversprechen nach B.G.B. § 780 hierher gezählt werden können[1], da es nicht auf vertraglicher Grundlage ruht. Auch gehört die besondere Verpflichtung der Gastwirte nicht hierher, da sich die besonders normierten Rechtsfolgen nicht an einen Vertrag[2], sondern an die Tatsache der Gastaufnahme knüpfen.[3]

Nicht zu den gegenseitigen Verträgen gehören aber auch die Erbverträge. Die Motive[4] erblicken zwar in den sogenannten „korrespektiven" Erbverträgen, wobei jeder der beiden Erblasser eine bindende Zuwendung zugunsten des anderen trifft, geradezu „synallagmatische Verträge nichtobligatorischen Charakters". Aber diese Erbverträge sind, wie Schiffner[5] ganz richtig ausführt, zwar zweiseitig bindend, doch sind „Zuwendung und Gegenzuwendung nicht Verpflichtung und Gegenver-

1) Vgl. Staudinger-Kober III zu § 780 B.G.B.

2) Anfänglich setzte die Litteratur des B.G.B. an die Stelle des römischen Quasidelikts eine Haftung aus einem Aufnahmevertrage; vgl. z. B. Staudinger Note V zu § 701.

3) Vgl. z. B. Krzywoszyński, Die Voraussetzungen für die Schadensersatzpflicht aus § 701 B.G.B. Leipziger Diss. 1903. S. 31 ff.

4) Bd. 5 S. 345.

5) Der Erbvertrag S. 37 f. — Beseler, Erbvertr. II S. 228 f. erblickt darin im Zweifel eine „eigene Art der zweiseitigen Verträge". Für Unentgeltlichkeit Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 604 f., 625 f. Die wechselseitigen Erbverträge werden schlechthin als lästige erklärt in § 1050 A.L.R. I, 11; vgl. auch Förster-Eccius § 247 I.

pflichtung". „Wenn von den Parteien gegen die Zuwendung der einen wirklich eine Verpflichtung zur Leistung vereinbart wird, so gehört diese nicht mehr zum Inhalte des Erbvertrages ... Es liegt vielmehr nur vor: die Verbindung von zwei einseitigen Erbverträgen in einem gemeinschaftlichen Akte."

Verpflichtungen werden hierin wie bei sonstigen Zuwendungen, z. B. der Schenkung, namentlich in die Form der Auflage gekleidet. Und es ist ja bekannt, daß bei der Anwendung der Vorschriften über den gegenseitigen Vertrag dem Praktiker im Einzelfalle des öfteren gerade die „schwierige Subsumtionsfrage" entgegentritt: „Liegt gegenseitiger Vertrag oder Schenkung unter einer Auflage vor?"[6] Diese ist ganz regelmäßig danach zu entscheiden[7], „ob eine Auswechselung gegenseitiger Versprechen stattfindet, ob ein Austausch gegenseitiger Leistungen (oder eine Vergesellschaftung) in der Weise beabsichtigt wird, daß jeder für das, was er seinerseits leistet, in der Leistung des anderen seinen Ersatz sucht".[8] Doch ist diese Rechtsanwendungsfrage[9] nicht diejenige unseres Problems der Einordnung.

Die seit alters als gegenseitig anerkannten „einzelnen Schuldverhältnisse" sind bekanntlich Kauf, Miete, Dienstvertrag und Werkvertrag. Über deren Stellung zueinander sei hier nur folgendes

---

6) Vgl. Rehbein, B.G.B. Bd. 2 S. 173. — Beachtenswert die Kondiktion nach B.G.B. § 527 „unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen ... insoweit, als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen."

7) So richtig Stammler, Schv. S. 86. — Hilfsmittel der Subsumtion ist allerdings der objektive Wert der einzelnen Leistungen; so namentlich bei den a. a. O. erwähnten Auszugsverträgen: die Naturalprästationen und die Abfindungssummen sind zu summieren und mit dem Gutswert und dem Lebensalter der Auszügler in Vergleich zu stellen — zu den Auszugsverträgen vgl. übrigens auch pr. A.G. z. B.G.B. Art. 15 § 7.

8) Zur praktischen Anwendung vgl. z. B. R.G. Bd. 33 S. 167 f.; Windscheid-Kipp § 320 Note 1; Seuff. Arch. Bd. 56 Nr. 221, 222 (Impresario), hierzu übrigens Brockmann, Vertrag des Impresario von Bühnenkünstlern, Freiburg. Diss. 1901, woselbst dieser Vertrag S. 13 ff. als Dienstvertrag „konstruiert" ist.

9) Vgl. namentlich auch die interessante Entscheidung des O.L.G. Darmstadt vom 9. August 1900 (Hess. Rechtspr. I S. 185): Die Vereinbarung zwischen einer Brauerei und einem Biergeschäft, wonach die Brauerei zur Gewährung eines Darlehens in bestimmter Höhe und von bestimmter Zeitdauer, das Biergeschäft dagegen zur Abnahme seines Bierbedarfs von der Brauerei verpflichtet ist, stellt keinen gegenseitigen Vertrag dar. Es handelt sich nicht um einen Vertrag, in dem Wert und Gegenwert mit rechtlicher Bedingtheit gegenübergestellt sind, sondern es besteht nur eine gewollte wirtschaftliche Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses. Hieraus folgt, daß bei mangelnder Erfüllung von der Gegenseite, nicht die exceptio non adimpleti contractus, sondern die exceptio doli, soweit ein Verstoß gegen die bona fides vorliegt, gegeben ist.

bemerkt: Der Gegensatz zwischen Kauf und Miete ist elementar, im letzteren Falle wird die Sache nur „zu zeitweiligem Gebrauche" überlassen. Daraus sind vor allem die Besonderheiten des Mietrechtes zu erklären. Was die Stellung des Kaufs zum Dienstvertrag angeht, so besteht die bekannte nationalökonomische Auffassung von der Arbeit oder Arbeitskraft als Ware und ihrer entgeltlichen zeitweiligen Hingabe als Kauf.[10] Ferner hat der Dienstvertrag mit der Miete und Pacht das Gemeinsame, daß er, anders als der Kauf, sehr oft ein auf die Dauer berechnetes Rechtsverhältnis begründet.[11] Dies rechtfertigt aber nicht, den Dienstvertrag und die Miete zusammen mit dem Werkvertrag unter dem römischen Oberbegriffe der locatio conductio zusammenzufassen. Dadurch kam insbesondere auch der Werkvertrag in engen systematischen Zusammenhang mit dem Dienstvertrage. Man tut aber dem Werkvertrage unrecht, wenn man ihn neben den Dienstvertrag stellt. Es wird auch „mit nicht ganz unwahrscheinlichen Argumenten" neuerdings bestritten, daß der Werkvertrag historisch aus der Dienstmiete abzuleiten sei;[12] er sei vielmehr auf dem Gebiete des öffentlichen Bauwesens entstanden.[13] Systematisch richtiger ist es und für die Erklärung der Folgevorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches entschieden vorteilhafter, den Werkvertrag unmittelbar neben den Kauf zu stellen.[14]

Außer diesen seit alters als gegenseitig anerkannten „einzelnen Schuldverhältnissen" aber gibt es im Verkehr noch eine ganze Reihe von ebenfalls zweifellos gegenseitigen Verträgen, welche *nicht unter die besonders geregelten Typen* fallen. Während man früher nur beispiels-

---

10) Lotmar, Arbeitsvertrag S. 48; nach Brentano, Handw. d. Stw. IV S. 612, haben schon die römischen Juristen hervorgehoben, daß dieselben Regeln wie für den Kaufvertrag für die Dienstmiete maßgebend seien, l. 2 pr. D. 19, 2. — Dagegen Lotmar S. 46 Note 1.

11) Lotmar a. a. O.

12) Riezler, Werkvertrag §§ 2 und 3.

13) Riezler S. 21: „Einen erheblichen Fortschritt brachte erst das A.L.R. I, 11 §§ 925—980: Hier erscheint die Werkverdingung zum ersten Male von dem überlieferten Zusammenhange mit der Miete völlig losgelöst (Vertrag über Handlungen)." Riezler freilich auch S. 41: „Der Dienstvertrag steht unter allen anderen Verträgen dem Werkvertrage nicht nur historisch, sondern auch seinem Wesen nach am nächsten." Ähnlich auch Emerich S. 3. — Ein Mischgebilde zwischen Werkvertrag und Kauf im § 651 B.G.B. — Vgl. aber auch Löning s. v. Werkvertrag im Handw. d. Stw.: „Das B.G.B. hat den Werkvertrag in weitgehendem Maße dem Dienstvertrag genähert." Vgl. auch Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im B.G.B. 1899.

14) Riezler S. 13: „Die enge Verwandtschaft der l. c. operis mit dem Kaufe wurde zu allen Zeiten gefühlt und ausgesprochen. Gaius III, 142: similibus regulis, wie der Kauf geordnet; l. 2 pr. D. h. t.: proxima emtioni. Donellus, com. lib. 13 cap. 6 „finitimum emtioni genus." — Die Verschiedenheit in l. 2 § 1 D. 19, 2.

weise solche Verträge mit allen konkreten Einzelheiten aufzählte, hat man neuerdings ganz beiläufig versucht[15], diese nicht besonders geregelten Verträge zu Gruppen zusammenzufassen. Hervorgehoben werden die Fälle, wenn Dienste gegen Sachen, Werke gegen Sachgebrauch, Dienste gegen Werklieferungen, Rechte gegen Verzichte und Handlungen gegen Unterlassungen ausgetauscht werden sollen. In der Tat ist es auffällig, daß z. B. nur besonders geregelt sind folgende gegenseitige Verträge:

Sachen gegen Geld (Kauf — wenigstens im Regelfalle),
Sachgebrauch gegen Geld (Miete),
Dienste gegen Geld (Dienstvertrag),
Werke gegen Geld (Werkvertrag).

Ebenso können aber ausgetauscht werden: sämtliche hier links stehende Leistungen untereinander und gegen andere derselben Gattung, also außer den oben genannten z. B. auch:

Dienste gegen Sachgebrauch,
Sachen gegen Sachgebrauch,
Werke gegen Sachen,

oder auch:

Dienste gegen Dienste,
Werke gegen Werke,
Sachgebrauch gegen Sachgebrauch.

Als besonders geregelt[16] könnte man hierbei lediglich betrachten:

Sachen gegen Sachen,

das ist der Tauschvertrag, dessen Regelung aber auch bekanntlich eine sehr problematische ist.

Diese Schemata weisen zugleich zurück auf den für die Aufstellung einzelner Schuldverhältnisse leitenden Gesichtspunkt: die Massenerscheinungen des Verkehrs zu reglementieren. Daher erscheint auch im erstgenannten Schema auf der rechten Seite immer das Geld, als der allgemeine Wertmesser.

---

15) Kisch S. 2.

16) Eine andere Auffassung der rechtlichen Situation bei Lotmar I Abschn. 3 Kap. X „Arbeit als Entgelt": „Der Jurist muß den Eindruck gewinnen, daß in den gedachten Fällen (Werke gegen Dienste) nicht auf gegenseitige Arbeit kontrahiert, sondern die für den einen Kontrahenten entstandene Geldforderung dadurch gänzlich oder teilweise befriedigt wird, daß ihm der Schuldner statt der Gegenleistung eine Arbeitsleistung oder eine Lieferung macht. Diese sog. Gegenarbeit ist dann nicht eine Leistung, zu der ihr Urheber verpflichtet ist, insofern keine Gegenleistung; sondern nur etwas, wozu er berechtigt ist, eine Leistung an Erfüllungsstatt, B. G. B. § 364."

Über die nicht besonders geregelten Verträge, zu denen z. B. auch früher geregelte, wie etwa der Trödelvertrag[17], oder noch nicht geregelte, wie der Versicherungsvertrag[18], gehören, ist in dieser Arbeit, die nur die Einordnung gesetzlicher verschiedener Bestimmungen untersucht, auch noch nichts zu erörtern. Es finden lediglich die B.G.B. §§ 320—327 Anwendung.

Nun gibt es aber ferner auch eine Reihe besonders geregelter Verträge, die sowohl als einseitige, wie als gegenseitige geschlossen werden können.[19]

So ist z. B. der Verwahrungsvertrag begriffsmäßig kein gegenseitiger Vertrag. Ist dagegen, was ja bekanntlich abweichend vom gemeinen Rechte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche möglich ist[20], eine Vergütung für die Verwahrung vereinbart, so liegt — mangels anderweitiger Parteiabrede — ein echter gegenseitiger Vertrag vor.[21]

Hier ist der Vergütung — also der Gegenseitigkeit — im Gesetze besonders gedacht. Sie ist sogar für den Regelfall erklärt.[22]

Etwas anders liegt die Sache z. B. beim Bürgschaftsvertrage. Dieser begründet begriffsmäßig eine Verbindlichkeit nur auf seiten des

---

17) Vgl. Kisch S. 4: „Die §§ 323 ff. kommen nur dann zur Anwendung, wenn der Trödler zum Verkauf bezw. zur Zahlung nicht nur berechtigt, sondern auch verbunden ist."

18) Ein Entwurf zu einem Reichsgesetze liegt zwar vor, hat aber in den Kreisen der Beteiligten großen Widerspruch gefunden. Ein zweiter veränderter soll demnächst bekannt gegeben werden. — Kisch S. 3 Note 8 meint, daß der Vertrag schon deshalb nicht in Betracht käme, da er nur Geldverpflichtungen begründe.

19) Vgl. Kisch S. 4: „Nur im letzteren Falle finden die Vorschriften der §§ 323 ff. (also auch §§ 320—322) Anwendung."

20) l. 1 §§ 8, 9 D. 16, 3; Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 560 ff.; Dernburg Pand. II § 92 bei Note 5 und 6. — Der Vertragsbegriff der Verwahrung im Gegensatz zu Auftrag, Dienstvertrag oder Miete ist dadurch noch unbestimmter geworden.

21) A. A. Staudinger, Vorbem. II vor § 688 B.G.B.: „... so kann ein gegenseitiger Vertrag von den Parteien gewollt sein, doch ist dies nicht unbedingt erforderlich und insbesondere dann nicht anzunehmen, wenn die Vergütung nur eine Entschädigung für die Aufwendungen des Verwahrers bildet." In ähnlichem Gedankengange sagen die Mot. II S. 582, die Vereinbarung einer Vergütung mache den Vertrag noch nicht zu einem gegenseitigen. — Der Regelfall beim Vergütungsversprechen (und dieser hat vor allem anderen das Anrecht auf besondere Regelung im Gesetze) ist aber doch der, daß ein gegenseitiger Vertrag entsteht. Natürlich können die Parteien eine abweichende Vereinbarung treffen. So auch Kisch S. 4, Örtmann § 688 Note 4 Abs. 1.

22) B.G.B. § 689. — Auch die besondere kaufmännische Verwahrung von Wertpapieren nach dem sog. Depotgesetz vom 5. Juli 1896 ist zu beachten. Eine Spezialart des Verwahrungsvertrages des B.G.B. §§ 688 ff. ist auch das Lagergeschäft des H.G.B. §§ 416—424; vgl. Staub, Anm. 5 zu § 416 H.G.B.

Bürgen[23], ist also ebenfalls ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag.[24] Jedoch ist die Unentgeltlichkeit auch dem Begriffe des Bürgschaftsvertrags nicht wesentlich; er kann daher auch als gegenseitiger Vertrag geschlossen werden.[25]

Hier ist dieser Möglichkeit aber im Gesetze nicht besonders gedacht. Gleichwohl würden etwaige besondere Folgevorschriften auch für diesen Fall zu erörtern sein.

Schwierigkeiten machen das verzinsliche Darlehen und der Vertrag nach § 610 B.G.B.

Hier habe ich früher die Ansicht vertreten, das verzinsliche Darlehen sei ein echter gegenseitiger Konsensualvertrag.[26]

Allein selbst für den Fall, daß es nach modernem Rechte Realverträge nicht mehr geben sollte — was ja nach wie vor höchst zweifelhaft ist —, so bleibt doch gerade beim verzinslichen Darlehen unklar, worin eigentlich die Gegenleistung bestehen solle. Nach dem, was ich in der genannten Dissertation über die „Nutzungstheorie" und ihre Fehler ausgeführt habe, können es die Zinsen gerade nicht sein.

Der Vertrag nach B.G.B. § 610 kann selbstverständlich jederzeit entgeltlich und als gegenseitiger Vertrag geschlossen werden. Es zeigt den Fehler des Argumentierens aus der Rechtsfolge, wenn Paech z. B. ausführt:[27] „Zu den synallagmatischen Verträgen rechnet nicht das zinsbare Darlehen, weil sonst die Vorschrift des § 610 neben dem § 321 überflüssig erscheint." Das zinsbare Darlehen und der Vertrag aus B.G.B. § 610 sind zwei ganz verschiedene Tatbestände. Richtig bringt Stammler die Anwendbarkeit des § 321 hinter § 610 in Abhängigkeit von der Erwägung, „ob das in § 610 genannte Versprechen nur die eine Seite eines gegenseitigen Vertrags" darstelle.[28] Nach meiner Ansicht liegt, wenn das Darlehnsversprechen gegen Entgelt gegeben wird, ein gegenseitiger Vertrag allerdings vor.

Nicht zustimmen kann ich jedoch der weiteren Ansicht Stammlers[29], daß das Bürgerliche Gesetzbuch den Leihvertrag[30], der nach römischem

23) Vgl. Mot. II S. 678; Fischer-Henle Note 1 zu § 765 B.G.B.
24) Vgl. Cosack I S. 570; R.G. Bd. 18 S. 238.
25) Engelmann in Staudingers Komm. Einl. 2 vor § 765 B.G.B.
26) Krahmer, Der Darlehensbegriff des B.G.B. Hallische Diss. 1900.
27) Leistungsverzug S. 151 Note 5.
28) Schv. S. 94.
29) a. a. O. S. 85.
30) Dieser Kontrakt würde, falls er ein gegenseitiger wäre, insbesondere wegen der Bestimmung des B.G.B. § 605 Nr. 1 interessieren, wonach der Verleiher die

und gemeinem Rechte zweifellos als unvollkommen zweiseitiger Vertrag anzusehen war, nach § 598 als gegenseitigen behandele. Das „unentgeltlich" des genannten Paragraphen scheint mir gerade auf das Gegenteil hinzudeuten, daß der Leihvertrag begriffsmäßig nicht zu den gegenseitigen Verträgen gerechnet werden dürfe.[31]

Hingegen ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche der Vergleich ein gegenseitiger Vertrag[32], da zu seinem Begriffe „gegenseitiges Nachgeben" verlangt wird. Richtig weist Cosack[33] darauf hin, die Tatsache, daß die Nachgiebigkeit auf beiden Seiten sehr ungleich sein könne, nehme diesem Vertrage nicht die Natur der Gegenseitigkeit, sondern höchstens der Entgeltlichkeit. Vielleicht hätte schon der Hinweis genügt, daß objektive Äquivalente hier so wenig, wie sonst zur Annahme eines gegenseitigen Vertrages verlangt würden. Gegenseitige Verträge sind ferner Spiel und Wette[34], sowie der Lotterie- und Ausspielvertrag.[35] Hier besteht Einigkeit darüber, daß der Wortlaut des B.G.B. § 762 „... wird eine Verbindlichkeit nicht begründet" über die Absicht des Gesetzgebers hinausgeraten ist.[35] Gemeint ist nur, daß sog. „unvollkommene Schuldverhältnisse", naturales obligationes im Sinne des gemeinen Rechts, erzeugt werden. Hier hat man von dem m. E. nicht zu billigenden Ausgangspunkte aus, daß Erzwingbarkeit zum Wesen der Obligation gehöre, ein Problem aufgeworfen, dessen Lösung nicht gelungen ist und wohl auch nicht gelingen konnte; nämlich die Frage, wie sich die Erscheinung der naturales obligationes erkläre.[37] Die Rechtsnorm — und zwar jede — tritt aber nur mit dem Anspruch zwangsweiser, d. h. vom Willen des Einzelnen unabhängiger Geltung auf. Ob und in welcher Weise von der Rechtsordnung für die Durchführung des Zwanges

---

Leihe kündigen kann, wenn er infolge eines nicht vorhergesehenen Umstandes der verliehenen Sache bedarf.

31) So die gemeine Meinung. Cosack § 141 IV. Rechtsfolge z. B.: es kann, wenn der Entleiher mit der Rückgabe der Sache in Verzug kommt, der Verleiher regelmäßig erst auf Grund eines rechtskräftigen Urteils Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern. (B.G.B. § 283.)

32) Staudinger-Kober II, 2 zu § 779; Neumann II[4] zu § 779; mit praktischen Einschränkungen auch Kisch S. 3.

33) Cosack B.G.B. § 160 I 4.

34) Engelmann bei Staudinger Note 3 zu § 762 B.G.B.

35) Kisch S. 4: „Freilich ist dies nicht unbezweifelt; für die Bejahung sprechen ähnliche Erwägungen wie beim Gesellschaftsvertrag."

36) Engelmann a. a. O.: „Dieselben sind nicht nichtig, vielmehr versagt das Gesetz einem nach allgemeinen Grundsätzen an sich gültigen Schuldverhältnisse aus besonderen Gründen die Anerkennung bis auf ein gewisses „residuum" Mot. II S. 644."

37) Frage und Lösungen z. B. bei Dernburg Pand. II § 4.

gesorgt wird, ist eine andere Frage. Hier wird keine Klage — genauer: kein Rechtsschutz — gegeben, in einer Reihe anderer Fälle keine unmittelbare Zwangsvollstreckung.[38] Es handelt sich eben nur um einen „bestimmt gearteten Leistungsinhalt."[39]

Eine Reihe weiterer gegenseitiger Verträge gliedert sich an die alten Bilateral-Kontrakte an:

Die Besonderheiten des „Abzahlungsgeschäftes"[40], der Handelskauf, der Erbschaftskauf, und die „Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind"[41], an den Kauf; die Verträge mit dem Handlungsgehilfen und Handlungslehrling[42], mit dem Schiffer[43], auch im Binnenschiffahrtsverkehr[44], mit der Schiffsmannschaft[45], mit den Seeleuten[46], mit den Beamten[47], mit den gewerblichen[48] und insbesondere den Fabrikarbeitern[49] reihen sich an den bürgerlich-rechtlichen Dienstvertrag an[50]; ferner die „auf Geschäftsbesorgung gerichteten entgeltlichen Verträge"[51] an Dienstvertrag und Werkvertrag, namentlich aber eine ganze Reihe an den Werkvertrag:

Hier kommt zunächst der sog. „Werklieferungsvertrag" des B.G.B. § 651[52] in Betracht. Man kann mit Emerich aus der Bestimmung dieses Paragraphen, der „nicht gerade als Muster gesetzgeberischer Redaktionskunst"[53] bezeichnet werden kann, die Definition des Werk-

38) Vgl. z. B. C.P.O. §§ 887, 888 Abs. 2.
39) Vgl. Stammler, Schv. S. 26 ff.
40) Rges. vom 16. Mai 1894.
41) B.G.B. § 493.
42) H.G.B. §§ 59—83.
43) Eod. § 511—555.
44) Binnenschiffahrtsgesetz §§ 7—20.
45) eod. §§ 21—25.
46) Seemannsordnung vom 27. Dezbr. 1872 §§ 24—71.
47) Nach der richtigen — Labandschen — Auffassung.
48) Gew. O. §§ 105 ff.
49) Eod. §§ 134 ff.
50) Vgl. aber bei Lotmar, Arbeitsvertrag S. 326 ff., daß Dienstvertrag und Werkvertrag nicht die Oberarten dieser verschiedenen besonderen Arbeitsverträge seien.
51) B.G.B. § 675, vgl. Lenel unter diesem Titel in Iherings Jhb. Bd. 44 S. 31—42; a. a. O. S. 34 eine „Musterkarte entgegengesetzter Ansichten über den Begriff der Geschäftsbesorgung" — Lenel sieht in § 675 den entgeltlichen Auftrag.
52) Vgl. Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag, Jena 1899; Münckel, Rechtsverhältnis aus § 651 des B.G.B.; Erlanger Diss. 1899; vgl. auch Lotmar S. 212: „Obzwar seine Rechtsstellung eine Kombination von Kauf- und Werkvertragswirkung aufweist, so zeigt er doch das Überwiegen der Natur des Arbeitsvertrags darin, daß er gerade derjenigen Rechtswirkungen teilhaftig ist, welche den Unternehmer als Arbeitnehmer und das Arbeitsverhältnis kennzeichnen." (B.G.B. §§ 642 Abs. 2, 645, 649 Satz 2) — praktische Folge eod. Kap. 7 Nr. IV.
53) Riezler S. 62.

lieferungsvertrages dahin entnehmen[54]: Es ist derjenige gegenseitige obligatorische Vertrag, durch welchen sich jemand gegen das Versprechen einer Vergütung zu Lieferung (Übergabe und Eigentumsverschaffung) einer nicht vertretbaren oder dieser gleichgeachteten Sache verpflichtet, welche er zu diesem Zwecke herzustellen resp. herstellen zu lassen hat.[55]

Trotz der Denkschrift[56], die hier auf Ähnlichkeit mit dem Dienstvertrag hinweist, gehört zu den werkvertragsähnlichen Kontrakten auch das handelsrechtliche Kommissionsgeschäft[57], „weil es einen Erfolg zu erzielen hat und nur für den Erfolg die Provision geleistet wird."[58]

Ebenso gehört hierher das Speditionsgeschäft[59] und das Frachtgeschäft[60] mit seinen Besonderheiten: der „Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen"[61], dem Seefrachtgeschäft zur Beförderung von Gütern[62] und Reisenden[63], den Postbeförderungsgeschäften[64], dem Frachtgeschäft im Binnenschiffahrtsverkehr[65], dem Flößereivertrage[66] und der Beförderung von Auswanderern.[67]

---

54) S. 28; die Vorgeschichte eod. S. 13—20, vgl. übrigens eod. S. 55: Erkennt man den Werklieferungsvertrag als entgeltlichen Veräußerungsvertrag an, so wäre B.G.B. § 651 wegen § 445 überflüssig.

55) Vgl. Lotmar S. 192f.: Ein aus Werkvertrag und Sachmiete gemischter Vertrag fehlt.

56) S. 232; auch Cosack, Handelsrecht S. 226.

57) Riezler S. 23 „dessen sämtliche wesentliche Merkmale ihm eigen"; so auch Dankwardt in Iherings Jhb. Bd. 13 S. 305ff.; R.O.H.G. Bd. 2 S. 402; Bd. 16 S. 335, 375.

58) So Dernburg B.G.B. § 341 II, der es zu den mandatsähnlichen Werkverträgen des § 675 stellt. — Die gemeine Meinung sieht hierin ein besonders geartetes Mandat, ohne sich an die Unentgeltlichkeit des Mandats zu stoßen.

59) Riezler a. a. O. S. 23; Dernburg B.G.B. § 326; Kisch S. 3.

60) Vgl. Riezler, S. 18: „Ein nicht seltener und besonders wichtiger Gegenstand der l. c. operis war die Übernahme eines Transportes, sei es Sachentransport (l. 11 § 3, l. 13 § 1, l. 25 § 7, D. 19, 2) oder Personenbeförderung (l. 19 § 7 D. eod.), vgl. auch Riezler S. 23 und Löning im Handw. d. Stw. s. v. Werkvertrag: „Aus dem Werkvertrag hat sich insbesondere auch der Frachtvertrag entwickelt." Andererseits aber sollten nach dem Dresdener Entwurfe Art. 633 bei nicht gewerbsmäßigem Betriebe des Sachentransportes die Bestimmungen über den Dienstvertrag entsprechende Anwendung finden.

61) Vgl. H.G.B. §§ 453—473 und die Eisenbahnverkehrsordnung (vom 15. Novbr. 1892, 18. Oktbr. 1895, 15. Novbr. 1897, 26. Oktbr. 1899).

62) H.G.B. §§ 556—663.

63) H.G.B. §§ 664—678.

64) Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reiches vom 28. Oktbr. 1871; Postordnung für das Deutsche Reich vom 20. März 1900.

65) Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt vom 15. Juni 1895 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 §§ 26—77.

66) Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei v. 15. Juni 1895.

67) Gesetz über das Auswanderungswesen vom 9. Juni 1897.

An den Werkvertrag ist weiter auch anzufügen der Verlagsvertrag.[68]

Endlich suchte man hier früher noch einzufügen den Mäklervertrag[69], der ja jetzt seine selbständige besondere Regelung erfahren hat.[70] Neuerdings ist sehr bestritten, ob er überhaupt zu den gegenseitigen Verträgen gehöre.[71] Hier weist wohl Staudinger[72] auf das Richtige hin, wenn er ausführt: „Für die gegenseitige Natur des Vertrages wird die Entscheidung hauptsächlich aus jenen Gesichtspunkten über die Verpflichtungen des Mäklers herzuholen sein, welche zum Inhalte des B.G.B. § 654 geführt haben. Sie erscheinen von maßgebender Bedeutung auch dann, wenn man eine positive Verpflichtung zur wirklichen Ausübung einer Vermittlertätigkeit als in der Regel ausgeschlossen sich denkt." Denn trotz Cromes[73] gegenteiligem Standpunkt wird man mit Endemann[74] davon auszugehen haben, daß der Mäkler eine Verpflichtung zur Ausführung nicht übernimmt.

Die am meisten umstrittene Frage in dieser Materie ist aber auch nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs diejenige, ob der Gesellschaftsvertrag[75] den gegenseitigen Verträgen im Sinne der B.G.B. §§ 320—327 zuzurechnen sei.

Jedenfalls steht bei der Entscheidung dieser Frage der Unterschied zwischen der romanistischen und der germanistischen Auffassung der

---

68) Reichsges. über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901; vgl. Loening im Handw. der Stw. s. v. Werkvertrag: „Aus dem Werkvertrag hat sich insbesondere auch der Verlagsvertrag entwickelt." Auch Kisch S. 3.

69) Auerbach, Mäklervertrag nach B.G.B. Leipz. Diss. 1902 S. 10ff.; nach Riezler S. 24 wurde er nach bayer. L.R. als l. c. operis aufgefaßt; Düringer und Hachenburg H.G.B. S. 282ff. betrachten ihn jetzt noch als eine „Spezialart" des Dienst- oder Werkvertrags: „Je nach der Verschiedenheit der Fälle werden auf den Mäklervertrag die Vorschriften über Dienst- oder Werkvertrag anwendbar sein."

70) Crome, Partiar. Rgesch. S. 433, 58.

71) Dafür Crome a. a. O. S. 415—418; Örtmann S. 377f.; Dernburg B.G.B. II S. 484; Meisner S. 202; dagegen Reuling, Provisionsansprüche der Grundstücksvermittler in Gruchot Bd. 40; Auerbach S. 24—30, aber auch 28, vgl. Mot. 2 S. 511.

72) Komm. Note 6 vor § 652; vgl. auch Planck II S. 394.

73) Crome B.G.B. II § 272, 3.

74) Endemann B.G.B. § 176 2a.

75) Vgl. namentlich Planck II, 3 zum XIV. Titel (II. S. 453ff.); auch Knoke, Recht der Gesellschaft 1901 (Anwendbarkeit der Grundsätze über die gegenseitigen Verträge §§ 15—18, S. 41—50). Staudinger-Kober Note V zu § 705; gut die Dissertation von Nicolai, „Über die Anwendbarkeit der allgemeinen Sätze über die gegenseitigen Verträge auf die Gesellschaft nach B.G.B.", Leipzig 1902. Endemann § 181 Note 10 mißt dieser vielfach behandelten Streitfrage keine große praktische Bedeutung bei, weil die Anwendung der acht allgemeinen Paragraphen durch die Sondervorschriften so gut wie ausgeschlossen würde.

Gesellschaft nicht im Wege, da es sich nur um den auch von der letzteren zugrunde gelegten obligatorischen Vertrag handelt. Die römisch rechtliche Jurisprudenz[76] bezeichnet die societas als synallagmatischen Vertrag. Die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuche[77] überlassen diese Frage der Wissenschaft; sie deuten aber an einigen Stellen an, daß sie in dem Gesellschaftsvertrage einen gegenseitigen Vertrag sehen.[78] Die Wissenschaft tut dies nach der überwiegenden Meinung erst recht.[79] Die gegenteilige Auffassung geht fast übereinstimmend dahin, beim Gesellschaftsvertrage würden keine Äquivalente geschuldet.[80] Wenn sie aber hier den Austausch vermißt, so ist darauf hinzuweisen, daß nicht dieser, sondern das Bestehen zweier Leistungen, von denen jede um der anderen willen übernommen wird, das Wesen des gegenseitigen Vertrages darstellt.[81] Natürlich steht der Gesellschaftsvertrag allen Austauschgeschäften gegen-

76) In den Quellen ist die Frage nicht entschieden; für das gemeine Recht vgl. Windscheid § 405 Anm. 11, Sintenis § 121.

77) Mot. II S. 598 (eine allgemeine Lösung der Frage durch das Gesetz sei nicht durchführbar).

78) a. a. O. S. 600 gehen sie davon aus, daß § 368 I. Entw. (dem § 323 B.G.B. entspricht) prinzipiell auf die Gesellschaft anwendbar sei. Vgl. Prot. S. 425, gegen den Erwerber der Gewinnforderung eines Gesellschafters sei mit den übrigen Einreden gegen seinen Vormann auch die des nicht erfüllten Vertrages begründet; hierzu Planck II S. 454: auf diese gelegentlichen Äußerungen sei kein Gewicht zu legen; vgl. Titze S. 311 Note 1.

79) Vgl. Crome B.G.B. I § 280 Note 2, Knoke S. 42: „Die allgemeinen Erwägungen führen auch für das B.G.B. zu dem Resultat, daß die Gesellschaft ein gegenseitiger Vertrag sei. Dies findet in der Ausdrucksweise des § 705 eine Unterstützung, der ausdrücklich die gegenseitige Verpflichtung betont. Es ist jedoch hinsichtlich jeder allgemeinen Vorschrift zu prüfen, ob sie mit dem Wesen des Gesellschaftsvertrages im Einklang steht und ihr nicht positive Bestimmungen entgegenstehen"; vgl. auch Neumann § 705 Note 1; Paech S. 151 Note 5.

80) Kuntze, Obligation und Singularsukzession 1856 (es seien auch hier keine zwei actiones directae gegeben, sondern nur eine a. pro socio); Mommsen I S. 408; Förster-Eccius 7. Aufl. II S. 364, 5; 372 f. — a. pro socio als ab utrimque parte directa bei Windscheid II § 406 Note 1; vgl. Knoke S. 41.

81) Enneccerus-Lehmann B.G.B. Bd. 1 S. 653: „Das Wesen des gegenseitigen Vertrags ist nicht so zu beschränken, daß er lediglich einen Leistungsaustausch bezwecken könnte." Knoke S. 42: „Ein gegenseitiger Vertrag liegt überall vor, wo der eine Teil seine Verpflichtung nur übernimmt, wenn und weil sich auch der andere Teil ihm gegenüber verpflichtet, wo also das Versprechen des anderen Teils den Rechtsgrund für die von dem einen Teil übernommene Verpflichtung bildet"; vgl. aber auch Titze S. 164 Note 1, die eine Leistungspflicht bestehe nicht der anderen zuliebe, diese stelle also auch nicht den juristischen Zweck dar, der mit jener verfolgt werde; der juristische Zweck sei vielmehr die Erreichung des gemeinsam angestrebten Zieles (eod. S. 310). Vermittelnd Crome II § 167 I: Eine Zusammenfassung wechselseitiger Leistungen zur Erreichung gemeinschaftlicher Ziele. Vgl. auch Kisch S. 2: „Auch hier wird eine Verbindlichkeit nur mit Rücksicht auf die andere übernommen, beide sollen in ihrem Bestande, in ihrem Umfange und ihrer Geltendmachung voneinander abhängig sein."

über. Er ist der Hauptfall der zweiten großen Gruppe der gegenseitigen Verträge[82], nämlich derjenigen, wobei nicht die Leistung des Vertragsschließenden dem anderen zugute kommen soll, sondern „durch die Zusammenwirkung der Leistungen aller ein Erfolg erzielt werden soll, der allen zugute kommt.“[83] Hier ist aber darauf hinzuweisen, daß auch in den Austauschgeschäften schon eine Verbindung zum Zusammenwirken liegt, denn alle Schuldverhältnisse sind weiter nichts, als die „geregelten Wechselbeziehungen, in denen sich die Privaten zu einem Wirken zur Befriedigung irgend welcher Bedürfnisse verbinden.“[84] Wenn daher nicht die Gegenleistung des anderen Gesellschafters in letzter Linie angestrebt wird, so bedeutet das nur, daß nach ihrer Leistung die Sonderverbindung nicht wie sonst (wo höchstens unerwünschte Nebenfolgen in die Erscheinung treten) sofort wieder gelöst wird, sondern es bleiben (ähnlich den dauernden Austauschverhältnissen) die einmal Verbundenen noch behufs weiterer Bedürfnisbefriedigung in demselben Vertragsverhältnisse zusammen.

Zwischen je zweien der Gesellschafter entsteht also jedesmal ein gegenseitiges Schuldverhältnis; das gibt, wie Ehrenberg[85] ausgerechnet hat, bei zwei Mitgliedern eins, bei drei Mitgliedern drei, bei vier Mitgliedern sechs, bei fünf Mitgliedern zehn, bei sechs Mitgliedern fünfzehn und so fort. „Da nämlich jedes weitere Mitglied zu sämtlichen übrigen ebenfalls in ein gegenseitiges Rechtsverhältnis tritt, so vermehrt sich die

---

82) Eine dritte Gruppe gibt es nicht, vgl. Lammfromm S. 59: „alle entgeltlichen Geschäfte, welche nicht Umsatzgeschäfte sind, bilden miteinander eine den Umsatzgeschäften entgegengesetzte Klasse, die Assoziationsgeschäfte; ausgezeichnet dadurch, daß sie einen den Kontrahenten gemeinschaftlichen Zweck haben, dieser gemeinschaftliche Zweck bildet die Negation der Duplizität der Zwecke, wie sie den Umsatzgeschäften zu eigen ist.“ v. d. Pfordten S. 316 ff. teilt seine wesentlich zweiseitigen Verträge ein in: 1. Forderungen aus einer Gemeinschaft, 2. Verträge auf Austausch zweier bestimmten Gegenleistungen. Der Normalfall der ersten Klasse ist dann der Gesellschaftsvertrag. — Ihering, Zweck im Recht I S. 125 der 2. Aufl. unterscheidet: Verschiedenheit der Zwecke, Identität des Zweckes.

83) Vgl. Staudinger-Kober V zu B.G.B. § 705, daselbst weiter: gleichwohl sind in einzelnen Beziehungen die Verhältnisse derart gelagert, daß die Normen über gegenseitige Verträge wenigstens entsprechende Anwendung finden können. — Es ist wohl nicht mehr als eine nicht ganz klare Vorstellung vom Wesen der sozialen Wirtschaft, wenn Steinbach, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation S. 3 ff. (zitiert bei Staudinger-Kober Note V zu § 705) den Gegensatz so formuliert, „der Zweck des Gesellschaftsvertrags sei überhaupt nicht Austausch von Güteräquivalenten, sondern Organisation der Wirtschaft selbst, des wirtschaftenden Subjekts.“

84) Stammler Schv. S. 3. — Vgl. auch Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II S. 611. „Die Einigung erfolgt dadurch, daß jeder sich entschließt, das Sonderinteresse des anderen zu befriedigen, weil er dafür von diesem Befriedigung seines Sonderinteresses erhält.“

85) Im Handw. der Stw. s. v. Gesellschaftsvertrag.

Zahl dieser Rechtsverhältnisse durch jedes weitere Mitglied stets um die Zahl der übrigen Mitglieder."

Was von der bürgerlich rechtlichen Gesellschaft gilt, gilt natürlich auch von den handelsrechtlichen und sonstigen besonderen Gesellschaften, der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft, der Aktiengesellschaft, der Kommanditgesellschaft auf Aktien, der stillen Gesellschaft[86], der Rhederei[87], der Gesellschaft mit beschränkter Haftung[88], der Kolonialgesellschaft[89], und der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft.[90]

Ob einzelne dieser Gesellschaften nach außen hin Korporationen sind, verschlägt für das Innenverhältnis gar nichts, da die Verpflichtungen der Gesellschafter untereinander auch in diesen Fällen lediglich auf besonderen gesellschaftsrechtlichen rein vertraglichen Grundlagen beruhen. Indessen kann gleich hier hervorgehoben werden, daß der besonderen Vorschriften gerade in diesem Gebiete der besonders geregelten Gesellschaften für unser Problem auffallend wenige sind.

Zum Schluß mag auch noch darauf hingewiesen werden, daß zu den gegenseitigen Schuldverhältnissen nach dem früher über die Zufälligkeit der Verwendung des Vertragsbegriffes für den synallagmatischen Tatbestand Gesagten auch die *Gemeinschaft*[91] gehört.

§ 8. Die einzelnen gegenseitigen Verpflichtungen.

Ebenso wie durch Parteiwillen jeder Vertrag zu einem gegenseitigen werden kann, so kann auch innerhalb jedes einzelnen gegenseitigen Vertrags jede einzelne Vertragsverpflichtung *durch Parteiwillen* ihrerseits wieder zu einer gegenseitigen werden. Es ist daher wohl kaum nötig gewesen, daß das Reichsgericht[1] bei der Abnahmepflicht des Käufers besonders ausgeführt hat, der Fall könne sehr wohl so liegen, daß diese Abnahmepflicht synallagmatisch sei.[2] Die Pflicht des Dienstherrn zur Ausstellung eines

86) H.G.B. §§ 105—342. — Zur stillen Gesellschaft vgl. insbesondere Loewy, Die stille Gesellschaft in ihrem Verhältnis zur Gesellschaft des B.G.B. Göttinger Diss. 1900; v. Borch, Recht der stillen Gesellschaft im Verhältnis zum B.G.B. Rostocker Diss. 1901.

87) H.G.B. §§ 489—509.

88) Reichsgesetz vom 20. April 1892 (jetzige Fassung vom 20. Mai 1898.)

89) Schutzgebietsgesetz (jetzige Fassung v. 10. Septbr. 1900) §§ 11—13.

90) Reichsgesetz vom 1. Mai 1889 (jetzige Fassung vom 20. Mai 1898).

91) Stammler, Schv. S. 101 ist für, Kisch S. 6 gegen die Anwendung der §§ 320 ff.

1) R.G. in J.W. 1903 Beil. S. 23, vgl. auch O.L.G. Stuttgart in Jur. Ztg. 1902 S. 584.

2) Vgl. Paech S. 152: Es setzt z. B. der Verkäufer einer Partie Kohlen den Kaufpreis nur deshalb so niedrig an, weil er den Lagerplatz räumen muß.

Zeugnisses[3], so wie sie im Gesetze statuiert ist, wird wohl kaum je als eine gegenseitige vertreten werden, und doch kann dem Dienstverpflichteten am Zeugnis mehr liegen als am Geldäquivalente; und es kann dieser Vertragszweck im Kontrakte sehr wohl zum Ausdruck gekommen sein. Die hier interessierende Frage ist aber gerade die, wie ganz abgesehen von Parteiintentionen, die ergänzende Gesetzesregelung sich zur Gegenseitigkeit der einzelnen Vertragsverpflichtungen stellt.

Mitunter ist sogar bestritten, wie weit Rechtspflichten überhaupt aus den Verträgen entspringen, so z. B., ob der Dienstberechtigte verpflichtet sei, die ihm angebotenen Dienste auch wirklich anzunehmen. Man hat dies für den Fall bejahen wollen[4], daß der Dienstverpflichtete ein berechtigtes Interesse an der Dienstleistung habe, da sich nicht erklären lasse, daß für den Fall noch nicht begonnener Dienstleistung der B. G. B. § 615 einen Annahmeverzug konstruiere und mit besonderen Folgen ausstatte, wenn gar keine Annahmepflicht bestände. Es ist aber doch wohl richtiger, in § 615 nur eine Sonderfolge des Gläubigerverzuges zu sehen, und mit der herrschenden Meinung[5] davon auszugehen, daß der Dienstherr die Dienstleistungen überhaupt nicht anzunehmen braucht, der Dienstpflichtige freilich dann „genug tut, wenn er sich die bedungene Zeit über zu gehöriger Dienstleistung bereit hält."[6]

Im allgemeinen kann zwar zugegeben werden, daß — trotz Dernburgs gegenteiliger Ausführung[7] — eine Treu- oder Gehorsamspflicht

3) Als keine synallagmatische Pflicht besonders bezeichnet bei Paech a. a. O. Note 8; ebenso Kisch S. 7. — Daß dieser Anspruch ein vermögensrechtlicher sei, ist ausgesprochen vom Reichsgericht, vgl. J. Ztg. 1902 S. 584 — vgl. auch Marcus zur Zeugnispflicht des Dienstherrn (Recht 1902 S. 610—611).

4) Staudinger Note 9 zu § 611, vgl. aber auch eod. Note 3 zu § 615 „was als Annahmeverzug zu betrachten ist, bemißt sich nach den einschlägigen Vorschriften §§ 293 f." und Note 3 zu § 293: „eine Pflicht des Gläubigers zur Annahme besteht nicht."

5) Crome II § 259 II; Planck II S. 353; Örtmann S. 532; Dernburg B. G. B. II 2 § 308: „eine Pflicht zur Annahme besteht auch dann nicht, wenn der Dienstpflichtige an den Leistungen (wie z. B. der Schauspieler) ein Interesse hat, arg. § 611 (diesem erwächst aber ein Kündigungsgrund)." Auch Enneccerus-Lehmann I § 280 III sprechen bei B. G. B. § 615 nur von Gläubigerverzug; ebenso verweist Neumann, Komm. Note 1 zu B. G. B. § 615 auf B. G. B. §§ 293—299; vgl. auch Staub, Anm. 6 zu § 70 H. G. B.: „Im allgemeinen hat der Prinzipal keine Pflicht, dem Handlungsgehilfen Arbeit zu gewähren. Eine Klage auf Gewährung der vereinbarten Beschäftigung auf Belassung in seiner bisherigen Funktion, hat der Gehilfe überhaupt nicht, außer wenn solcher Anspruch deutlich stipuliert war."

6) So Crome a. a. O.; vgl. auch Reichsgericht in J. W. 1903, Beil. S. 16 Nr. 34. Natürlich kann es auch anders verabredet werden, vgl. die dort angegebene Litteratur.

7) Dernburg B. G. B. II § 306. Vgl. auch Staudinger Note 7 c zu § 611 B. G. B. — a. A. Endemann I § 174 bei Note 4.

des Dienstverpflichteten nicht bestehe. Wo sie aber reichsrechtlich[8] besonders verordnet ist, wie beim Handlungsgehilfen[9], Gewerbegesellen und Gehilfen[10], beim Lehrlinge[11] und auch beim Seemanne[12], ist sie auch synallagmatisch.

Die Frage, ob die sozialpolitischen Verpflichtungen des Dienstherrn der B.G.B. §§ 617 und 618 spezifisch gegenseitig seien, ist richtiger Ansicht nach zu bejahen.[13] Es wird die Schaffenskraft eines fremden Menschen dienstbar gemacht. Dabei heischen namentlich die Grundsätze des richtigen Rechtes Rücksichtnahme. In Betracht kommt der zweite Grundsatz des Achtens:[14] „Jede rechtliche Anforderung darf nur in dem Sinne bestehen, daß der Verpflichtete sich auch der Nächste sein kann."

Nicht synallagmatisch ist aber wohl des Dienstherrn Pflicht, dem Bedienten Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren (B.G.B. § 629).

Beim Werkvertrage ist die Abnahmepflicht des Bestellers als synallagmatische Verpflichtung anzusehen[15], weil hier der Unternehmer gerade für die Interessen des Bestellers besonders tätig geworden ist. Synallagmatisch ist die Abnahmepflicht namentlich bei den Beförderungswerkverträgen, insbesondere der Post und Eisenbahn. Diese letzteren sind derartig erheblich daran interessiert, zu gehöriger Zeit von ihren Frachtgütern wieder befreit zu werden, daß die Abnahme als Äquivalentsverpflichtung in jedem Falle angesehen werden muß.

Was nun die synallagmatische Natur der gesetzlichen Abnahmepflicht des Käufers angeht[16], so hat zwar das Oberlandesgericht Marienwerder

8) Im Landesrechte zumeist beim Gesindevertrag.

9) Vgl. aber R.O.H.G. Bd. 17 S. 278 als „exceptio non adimpleti contractus läßt sich der Einwand nicht auffassen, da die Nichtetablierung und das treue gesetzliche Verhalten des Handlungsgehilfen nicht als Gegenleistung gegen die vom Prinzipal zu gewährenden Leistungen aufgefaßt werden kann." — Dagegen „im Dienste untreu" H.G.B. § 72.

10) Gew.O. § 121.

11) Gew.O. § 127.

12) Seemannsordnung §§ 30, 32.

13) So auch Kisch S. 7; a. A. Staudinger Note 8 zu § 611: „über rechtlich nebensächliche Reichnisse und andere gebotene Leistungen des Dienstberechtigten vgl. z.B. §§ 617—619."

14) Vgl. Stammler, Lehre vom richtigen Rechte S. 208.

15) A. A. Kisch S. 8 — bei Staudinger Note 1 zu § 640 die Hervorhebung: „Der Anspruch auf Abnahme ist auch selbständig klagbar"; gemeint ist wohl, daß die Abnahme Schuldnerverpflichtung ist; vgl. auch Planck II S. 380.

16) Jacobi, Die Abnahmepflicht des Käufers, in Iherings Jhb. Bd. 45 S. 259 ff.; Samulon: „Ist § 326 B.G.B. auf Abnahmeverzug des Käufers anwendbar?" (Pos. Jur. Monatsschr. 1902 S. 54—55). Bossen, Abnahme beim Handelskauf (Recht 1902 S. 124.)

diese anerkannt.[17] Das Reichsgericht aber hat den gegenteiligen Standpunkt vertreten;[18] und dies dürfte auch theoretisch richtiger sein.[19] Von Sonderfällen, die die ergänzende Gesetzesregelung nicht zu normieren hat, abgesehen, haben die Kontrahenten bei Eingehung des Vertrages an diese Pflicht zur Abnahme kaum gedacht.[20] Übrigens ist diese Abnahmepflicht, wenn sie auch eine selbständige Pflicht des Käufers für die Gegenverpflichtungen des Verkäufers ist, streng genommen nur eine Wegschaffungspflicht.[21] Da sie aber, wie gesagt, vom Gesetz ausdrücklich als Vertragspflicht statuiert ist, kann es jedenfalls nicht richtig erscheinen, in ihr nur eine „Minderung der dem Verkäufer obliegenden Lieferungsverpflichtung" zu sehen[22], so daß der Mangel der Mitwirkung des Käufers bei der Lieferung seine Berücksichtigung namentlich in den besonderen Vorschriften über den Gläubigerverzug finden würde: Schuldnerverzug nach den allgemeinen — nicht gegenseitigen — Vorschriften würde auf alle Fälle vorliegen.[23]

---

17) R.O.L.G. Bd. 6 S. 50; vorsichtiger eod. S. 51 das O.L.G. Karlsruhe: „Der Abnahmeverzug muß mindestens dann die Rechte des § 326 geben, wenn, wie hier, die Abnahme nicht als Nebenleistung eines im übrigen vom Käufer erfüllten Kaufvertrages in Betracht kommt, sondern in der Nichtabnahme zugleich die Weigerung, den Kaufvertrag überhaupt zu erfüllen, enthalten ist."

18) R.G. Bd. 50 S. 262; auch O.L.G. Stuttgart in J.Ztg. 1902 S. 554. R.O.L.G. Bd. 6 S. 48: „Auf den Abnahmeverzug des Käufers findet § 326 B.G.B. nicht Anwendung, da die Abnahmepflicht keine Hauptleistung aus dem Vertrage darstellt."

19) So auch Kisch S. 8; a. A. Cosack I § 130; vgl. namentlich auch Jacobi S. 287; wie hier Staub, Excurs zu H.G.B. § 374.

20) Jacobi S. 288.

21) Jacobi S. 273: „Die Abnahmepflicht kann nicht zum Inhalte haben, daß der Käufer verpflichtet ist, die Sache vom Verkäufer fort und zu sich zu bringen. Da niemals ein Schuldner das Recht haben kann, daß der Gläubiger die Sache an sich nimmt, so bleibt nur übrig, daß der Käufer verpflichtet wird, die Sache dem Verkäufer zur Erfüllungszeit vom Halse zu schaffen, ihn vom Besitze zu befreien."

22) Dies geht zurück auf den Aufsatz Kohlers im Arch. für bürg.R. Bd. 13, worin S. 240f. die Ansicht aufgestellt wird, es handele sich in § 433 Abs. 2 B.G.B. nur um ein Erfüllungssurrogat. Die im Text bekämpfte Ansicht wird vertreten von Kleineidam S. 129. Vgl. auch Jacobi S. 269.

23) So auch Reichsgericht in J.W. 1903 Beil. S. 23 Nr. 46, vgl. Crome II § 215, 4: „Der Käufer kann auf die Abnahme verklagt werden und gerät durch Unterlassung der Abnahme nicht nur in Gläubiger- sondern in Leistungsverzug (eod. Nr. 5 gibt Crome auch die Verzugsrechte aus § 326, jedoch ohne sich über die synallagmatische Natur der Abnahmepflicht zu äußern). — Richtig auch Paech S. 26: „Mit dem Augenblicke, wo das positive Recht wie B.G.B. § 433 eine Abnahmepflicht des Käufers statuiert, kommt er zutreffendenfalls in Schuldnerverzug." Daß die Abnahmepflicht hier nicht synallagmatisch sei, vgl. eod. S. 152. — Der im alten H.G.B. Art. 343 erwähnte Verzug des Käufers mit der Empfangnahme der Ware war Gläubigerverzug, vgl. v. Hahn, Kommentar ad § cit.; § 6. — Wenn Jacobi S. 283 ausführt, der Unterschied, der Abnahme und Annahme scharf trenne, liege darin, daß das Gesetz von Annahme spreche, wenn der Erwerber als Gläubiger und

Zweifelhaft kann sein, ob die Auskunftspflicht des Verkäufers synallagmatisch sei; doch ist dies wohl zu verneinen.

Synallagmatisch aber ist jedenfalls jede Pflicht zur Mängelhaftung.

Der Mieter hat zwar keine Pflicht — am allerwenigsten eine synallagmatische —, die Mietsache in Gebrauch zu nehmen;[24] wenn er sie aber in Gebrauch nimmt, hat er die synallagmatische Pflicht ordnungsmäßigen Gebrauches.[25] Spezifisch gegenseitig ist ferner die Rückgabepflicht des Mieters[26] und die Anzeigepflicht des Mieters von Mängeln der Mietsache nach B.G.B. § 545. Denn wenn man berücksichtigt, daß die Miete ein zeitlich beschränktes Gebrauchsrecht salva rei substantia ist, so ergibt sich, daß diese Vertragspflicht des § 545 ihrem Wesen nach keine ausnahmsweise, sondern nur ein Ausfluß der allgemeinen Pflicht des Mieters zur Obhut der Mietsache während der Mietzeit ist.[27] Bestimmungen, wie z. B. daß der Mieter die gemietete Sache mit der entsprechenden Sorgfalt zu behandeln hat, oder daß er nur den vertragsmäßigen Gebrauch von der gemieteten Sache machen darf, sind von demselben Grundgedanken aus zu betrachten.[28]

Synallagmatisch ist deshalb auch die Pflicht des Pächters zu den gewöhnlichen Ausbesserungen und zur Erhaltung und Ergänzung der Inventarstücke nach B.G.B. §§ 582, 586.[29]

---

von Abnahme, wenn er als Schuldner in Betracht komme, so irrt er. Vgl. z. B. B.G.B. § 274 Abs. 2: „Schuldner im Verzuge der Annahme." — Für das gem. R. vgl. l. 9 D. 19, 1: Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat.

24) Vgl. Staudinger-Kober III, 1 zu § 545: „eine Abnahmepflicht besteht nicht einmal bei der Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke. Der Vermieter hat demnach regelmäßig keinen klagbaren Anspruch auf Ingebrauchnahme der Sache durch den Mieter." Kober will aber eine Ausnahme machen, auf Grund der §§ 157, 242 B.G.B.: „Wenn es im Einzelfalle erkennbarer Wille des Vermieters gewesen, bezw. offensichtlich in dessen Interesse von Anfang an gelegen war, daß der Mieter die Sache ihrer Zweckbestimmung gemäß in Gebrauch nehme."

25) A. A. Kisch S. 7.

26) Wie des Verwahrers bei der entgeltlichen Verwahrung.

27) Vgl. Mot. II S. 401; Staudinger-Kober I zu § 545: „Von diesem allgemeinen Grundgedanken aus sind auch die bei § 545 auftauchenden Fragen zu lösen." — Anfechtbar eod. der Satz „die allgemeine Pflicht zur Obhut wird vom Gesetz als selbstverständliche Vertragspflicht angesehen und deshalb nicht besonders hervorgehoben." Sie findet sich im Gegenteil gerade in den einzelnen Vorschriften immer wieder hervorgehoben und eingeschärft.

28) Mot a. a. O.; Staudinger-Kober V zu § 545.

29) Staudinger-Kober Note II, 1 zu § 582: „§ cit. bildet eine Einschränkung [besser Abänderung] des analog anzuwendenden § 536. Der Pächter muß nicht bloß wie der Mieter eine übermäßige Ausnutzung hintanhalten, sondern direkt einer Abnutzung überhaupt vorbeugen."

Bei der Gesellschaft sind die Beitragspflichten gegenseitig, „da jeder Beitrag nur im Zusammenwirken mit den Beiträgen der anderen Gesellschafter bewirkt werden soll."[30] Ferner sind gegenseitig wohl auch die bei der Auseinandersetzung entstehenden Ansprüche.

Nicht gegenseitig sind die Verpflichtungen auf Ausantwortung des Anteils am Geschäftsgewinn. „Der Gewinn liegt beim Vertragsschlusse noch weit entfernt und stellt überhaupt keine Leistung dar, zu welcher sich der andere verpflichten könnte."[31] Nicht gegenseitig sind ferner die Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung[32] nach B.G.B. § 713, und zwar auch dann, wenn für die Geschäftsführung ein besonderes Äquivalent im Gesellschaftsvertrage ausbedungen ist. Entsprechend sind nicht synallagmatisch die dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter nach § 716 B.G.B. gewährleisteten Rechte[33], namentlich das Recht auf Einsicht und Prüfung der Bücher. Die Pflicht zur Rechnungslegung endlich ist wohl nur dann als gegenseitig zu betrachten, wenn die Rechnungslegung des Beklagten ohne die vorgängige Rechnungslegung über die vom Kläger besorgten einzelnen Geschäfte nicht erfolgen könnte.[34] Doch ist es nicht wohl angängig, die Gegenseitigkeit, wie Knoke[35] es will, schon um deswillen zu leugnen, weil „der Anspruch auf Rechnungslegung außer dem Gesellschaftsvertrage noch ein anderes Tatbestandselement, das der Führung der Geschäfte, voraussetze", oder, wie Nicolai[36], weil „der Beitrag des einen nur den Beitrag des anderen bedingen könne, weil nur gleiches ein gleiches bedingen könne". Wo soll sich diese Gleichheit wohl in den Äquivalenten der Austauschgeschäfte finden? — Dagegen ist es richtig, daß die Pflicht zur Rechnungslegung „einen durchaus selbständigen Charakter trage, von rein zufälligen Umständen abhängig sei, also insofern kein Äquivalent habe".[37]

30) Endemann I § 181 bei Note 9 „und insofern inhaltlich abhängt von den die Erreichung des Gesamtzweckes erst ermöglichenden und sich zu einer Gesamtleistung vereinigenden Gegenleistungen aller" — aber auch eod. Note 10. Vgl. auch Nicolai S. 13; Kisch S. 2; Cosack II § 277 I, 5; Wendt, Pand. S. 631.

31) Nicolai S. 25.

32) Vgl. Kisch S. 7; Nicolai S. 28.

33) Vgl. Knoke S. 44; Planck II S. 454 Abs. 2; Örtmann S. 443, 3; Kisch S. 7; Nicolai a. a. O.

34) Vgl. den Fall in Seuff. Arch. Bd. 25 Nr. 105; Nicolai S. 10.

35) S. 44, denn auch die, wie oben angenommen, gegenseitigen Ansprüche bei der Auseinandersetzung setzen nicht nur den Gesellschaftsvertrag als Tatbestand voraus.

36) S. 10; a. A. für das gem. R. Zimmermann, Civ. Arch. Bd. 54 S. 259.

37) So R.O.H.G. Bd. 16 S. 48; vgl. auch R.G. Bd. 26 S. 257 (wo es sich um die Anwendung des entsprechenden Landrechtsparagraphen § 271 I 5 handelt).

§ 9. Einstweilige Leistungsweigerung einzelner gegenseitiger Verpflichtungen.

Die Anwendung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags auf den Kaufvertrag macht keine Schwierigkeiten[1], denn von ihrer Anwendung bei diesem Vertrage aus ist sie ja besonders[2] festgesetzt worden.

Der B.G.B. § 440 wiederholt ihre Anwendbarkeit noch besonders[3], und der Kauf ist ja das typische Schuldverhältnis für die Zug um Zug-Verpflichtung. Nur im ältesten Rechte fehlte sie. Bechmann setzt ihr Entstehen in die Zeit zwischen Varro und Gajus.[4] Das erste historische Zeugnis ist die bekannte Gajusstelle.[5]

Aber schon bei der Miete, beim Dienstvertrag und beim Werkvertrage ist dies von Gesetzes wegen anders.

Der Vermieter und der Dienstverpflichtete haben vorzuleisten, und beim Werkvertrage könnte man von einer Zug um Zug-Verpflichtung höchstens insofern sprechen, als nach Vollendung des Werkes gegen dessen Erhalt das Entgelt zu leisten ist.[6] Lotmar[7] hat für den Dienstvertrag darauf hingewiesen, daß dem Wesen des Arbeitvertrages keine Bestimmung der Zahlungszeit zu entnehmen sei, daß der Tatbestand, der aus Zusage von Arbeit und Zusage von Vergütung bestehe, nichts über die Reihenfolge ergebe, in der die Leistungen vor sich zu gehen haben.[8] Damit, daß die zugesagte Vergütung den Entgelt für die zugesagte Arbeit bilden solle, sei es ebenso verträglich, daß zuerst die

---

1) Vgl. auch Rawitzscher, Inhalt der Haftung des Verkäufers nach deutschem bürgerlichen Recht (mit Ausschluß der Haftung für physische Eigenschaften bezw. Mängel der Kaufsache). Breslauer Diss. 1901.

2) Trotzdem: Titze S. 277 Note 45; vgl. aber Schollmeyer, Einzeldarst. S. 15 u. 16; Schulhof, Gewährleistung für Rechtsmängel beim Kauf. Götting. Diss. 1899 § 12 S. 33.

3) Dort auch § 442 zugleich die wichtigste — unten in der Rechtsmängellehre § 11 näher zu behandelnde — Modifikation.

4) Kauf I S. 573.

5) Gaius IV § 126[a]: Item si argentarius pretium rei, quae in auctione venierit, persequatur, et obiciatur ei exceptio, ut ita demum emptor damnetur, si ei res, quam emerit, tradita sit, est ea iusta exceptio: sed si in auctione praedictum est, ne ante emptori traderetur res, quam si pretium solverit, replicatione tali argentarius adiuvatur: aut si praedictum est, ne aliter emptori res traderetur, quam si pretium emptor solverit. — Daß sich vorher die Parteien „gewissermaßen im Kreise drehten" vgl. bei Bechmann, Kauf I S. 574.

6) Schreier S. 17.

7) Arbeitsvertrag S. 371.

8) Lotmar S. 372: höchstens daß die Vergütung als Geldzahlung bei weitem weniger Zeit beanspruche als die Arbeit. — Vgl. freilich auch Staudinger II, 2 zu § 631: „Nach der Natur des Vertragsverhältnisses und ausdrücklicher Gesetzesvorschrift greift hier (§§ 641, 646) eine Vorleistungspflicht .. Platz."

Arbeit und dann die Vergütung, wie daß zuerst die Vergütung und dann die Arbeit zu leisten sei.

Auch hier bestätigt sich wieder der oben angeführte Satz, daß es auf Widerspruch stößt, wenn der Gesetzgeber an seine Tatbestände Rechtsfolgen anknüpft, die nicht durch besondere Tatbestandselemente motiviert sind: Hinsichtlich des Dienstvertrags rügt es Marx als das Zeichen einer kapitalistischen Produktionsepoche, daß der Arbeiter gezwungen sei, dem Kapitalisten zu kreditieren.[9] Ferner ist bekanntlich in den Formularen der Haus- und Grundbesitzervereine für die Mietverträge die Postnumerandozahlung des Mieters schon längst in ein ebensowenig gerechtfertigtes Pränumerando abgeändert worden. Bezüglich der Werkverträge sei hier nur an die Vorleistungspflicht des Bestellers bei den Post- und Eisenbahnbeförderungen[10] erinnert.

Wie dem aber auch sei, so kann, so weit die Vorleistungspflicht reicht, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht zustehen[11], wohl aber natürlich das gerade auf diesen Fall berechnete Einbehaltungsrecht des B.G.B. § 321.

Für Miet-, Werk- und Dienstvertrag läßt sich die von Oertmann[12] nur für den letzteren aufgeworfene Frage behandeln, ob, wenn die Vergütung nach Zeitabschnitten zu leisten ist, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages wenigstens dann gegeben sei, wenn eine Vergütung für den vorausgegangenen Termin rückständig geblieben sei.

Er verneint dies, „weil es sich jetzt bei einer Dienstweigerung auf Grund jener Einrede nicht mehr um die frühere, sondern um die laufende Dienstleistung handele und eine Gegenleistung für diese noch nicht in Frage stehe". Dieser Deduktion möchte ich aber nicht zustimmen.[13]

9) Marx, Kapital I S. 136f.: „In allen Ländern kapitalistischer Produktionsweise wird die Arbeitskraft erst gezahlt, nach dem sie bereits während des im Kaufkontrakte festgesetzten Termins funktioniert hat, z. B. am Ende jeder Woche. Überall schießt daher der Arbeiter dem Kapitalisten den Gebrauchswert der Arbeitskraft vor, er läßt sie vom Käufer konsumieren, bevor er ihren Preis erhält, überall kreditiert der Arbeiter dem Kapitalisten."

10) Eisenbahnverkehrsordnung § 21.

11) Lotmar S. 372; Dernburg B.G.B. § 305 I.

12) S. 334, Staudinger Note 2 zu § 614 stimmt ihm zu.

13) Wenn Lotmar S. 372 ausführt: „Diese Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers wird natürlich nicht davon berührt, daß er früher dem nämlichen Arbeitgeber Arbeit geleistet und die Vergütung dafür noch nicht erhalten hat; wenn er die ihm jetzt obliegende Arbeit nicht bis zur Entrichtung der für diese bestimmten Vergütung verweigern darf, so kann er sie noch weniger verweigern wegen einer für eine frühere Arbeit bestimmten Vergütung", so ist dies richtig, da hier angenommen ist, die spätere Arbeit werde auf Grund anderen Vertrages übernommen. Ganz allgemein dagegen Dernburg B.G.B. § 307 III: „Es ist nicht anzunehmen, daß der Dienst-

Es würde dies m. E. den einheitlichen Vertrag in eine Reihe einzelner voneinander unabhängiger Verträge zerlegen, während die rechtliche Situation doch wohl so ist, daß es sich hier um eine Ausgleichung zwischen der Zug um Zug- und Vorleistungspflicht handelt auf Grund eines und desselben Vertrages. Es kommt auch hier der zur Geldzahlung Verpflichtete, nachdem ihm eine gewisse Zeit hindurch vorgeleistet ist, in die Notwendigkeit, seinerseits leisten zu müssen; und es scheint mir gegen die Absicht der gegenseitigen Verpflichtung zu sprechen, wollte man den Vorleistungspflichtigen zwingen, seinerseits immer weiter in das Ungewisse zu leisten. Die Hilfe, die ihm angeboten wird, ist diejenige des Zurückbehaltungsrechts des B.G.B. § 273[14]; allein wie gesagt, hat dieses Zurückbehaltungsrecht bei konsequenter Durchführung der herrschenden Ansicht innerhalb der gegenseitigen Verpflichtungen überhaupt keinen Raum.

Wenn behauptet ist, die Vorleistungspflicht des B.G.B. § 614 werde modifiziert durch § 615[15], so ist wohl übersehen, daß der Dienstberechtigte keine Schuldnerverpflichtung zur Annahme der Dienste hat.

In anderen Fällen begegnet die exceptio non adimpleti contractus tatsächlichen Schwierigkeiten, wie z. B. beim Mäklervertrage, wo insbesondere die Frage, wann der Mäkler erfüllt hat, trotz der gesetzlich gegebenen Anhaltspunkte immer wieder zu Prozessen führt.[16]

Der hauptsächlichste Streit aber dreht sich auch hier wieder um die Frage ihrer Anwendbarkeit beim Gesellschaftsvertrage.[17] Wenig gerechtfertigt kann es m. E. erscheinen, wie Heerwart[18], den Gesellschaftsvertrag als wesentlich zweiseitigen anzuerkennen und trotzdem die Anwendbarkeit

---

pflichtige, so lange der Dienstherr seine fälligen Verpflichtungen insbes. die schuldige Lohnzahlung nicht erfüllt hat, seine Dienste verweigern darf. Dies widerspräche der Natur des Schuldverhältnisses."

14) Vgl. Lotmar S. 372; Staudinger a. a. O.

15) Vgl. Staudinger Note 3 „durch § 615 erhält die Vorleistungspflicht des § 614 eine selbstverständliche Modifikation ... andererseits entfällt im Bereiche des § 615 für den Berechtigten die Einrede des auf Seite des Verpflichteten nicht erfüllten Vertrags."

16) Für den Kommissionär vgl. H.G.B. § 396. — Vgl. auch Kisch S. 4ff.: „Beim Mäklervertrag herrscht zwischen den gegenüberstehenden Leistungen ein engerer Zusammenhang als bei den anderen gegenseitigen Verträgen, indem nach § 652 B.G.B. der Auftraggeber zur Entrichtung des Lohnes nur dann verpflichtet ist, wenn der Vertrag infolge der Tätigkeit des Mäklers zustande kommt."

17) Vgl. R.G. bei Gruchot Bd. 27 S. 944: „Allerdings muß derjenige Kontrahent, welcher die Erfüllung eines Vertrages fordert, nachweisen, daß er seinerseits dem Vertrage Genüge geleistet habe (die Entscheidung ist nach Landrecht ergangen); und es findet dieser Grundsatz auch bei der Gesellschaft Anwendung." — Vgl. R.G. in J.W. 1900 S. 841, 9.

18) Civ. Arch. Bd. 18 S. 413ff.

der exceptio non adimpleti contractus nur um deswillen abzuleugnen, weil beim Gesellschaftsvertrag die gegenseitigen Leistungen immer längere Zeit hindurch fortdauerten.[19] Durch den bloßen Hinweis auf Schwierigkeiten bei der Anwendung sind doch Rechtsfragen nicht zu entscheiden. Anders steht es, wenn Zimmermann[20] aus dem Charakter der exceptio non adimpleti contractus als exceptio doli auf ihre Anwendbarkeit auch beim Gesellschaftsvertrage schließt: diese Deduktionsmethode war beim gemeinrechtlichen Quellenstande wohl angebracht. Bei der ausdrücklichen Ordnung des Bürgerlichen Gesetzbuches freilich wäre umgekehrt der Gegenbeweis zu führen, daß sich die exceptio non adimpleti contractus mit dem Begriffe des Gesellschaftsvertrages nicht vereinigen lasse.[21]

Für die Gesellschaft, die nur aus zwei Mitgliedern besteht, ist selbst der Versuch hierzu von vornherein aussichtslos. Es herrscht daher in der Literatur Einigkeit[22] nicht allein über ihre Anwendbarkeit, sondern sogar über ihre Unentbehrlichkeit. Erst bei der aus mehr als zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft, teilen sich die Ansichten[23]: Einerseits wird ausgeführt, daß es die Zwecke der Gesellschaft völlig vereitele[24], wenn man jedem einzelnen Gesellschafter das einstweilige Leistungsverweigerungsrecht gebe, bis sämtliche anderen auch geleistet hätten[25], da dann von den Säumigen überhaupt keiner den Anfang zu machen brauche.

---

19) Vgl. Nicolai S. 7.

20) Zimmermann im Civ. Arch. Bd. 54 S. 255 ff.; vgl. Windscheid § 406 Note 1; Seuff. Arch. Bd. 25 S. 237. — Nach Zimmermann ist die exceptio non adimpleti contractus als das „gelindere Mittel" gegeben, da eine Widerklage pro socio doch gegeben wäre: bei jeglicher Art der Beitragsleistung, bei der Gewinnverteilung und Rechnungslegung, vgl. auch Nicolai S. 8 ff.

21) In diesem Sinne sind die Einschränkungen Plancks gemeint (II S. 453), der grundsätzlich an der Anwendbarkeit der §§ 320 ff. festhält. — Crome § 281 will die Grundsätze der §§ 320 ff. „von vornherein nur modifiziert" zur Anwendung bringen, da der säumigen Partei nicht eine, sondern oft zahlreiche Gegenparteien gegenüberständen, die Handlung des einzelnen sich auch längere Zeit hinziehe und eine Verpflichtung sukzessive erst die andere auslöse.

22) Planck II S. 454; Windscheid-Kipp II S. 732; Matthiaß S. 623; Oertmann S. 443; Nicolai S. 33—37, die von Staudinger-Kober V[a] zu § 705 gemachten Einschränkungen erledigen sich wohl schon dadurch, daß sie nicht synallagmatische Verpflichtungen betreffen. — Knoke § 16 S. 42 ff.: „Die Unbilligkeit, des anderen Leistung zu verlangen, ohne selbst erfüllt zu haben, oder zur Erfüllung bereit zu sein, würde nicht nur vorliegen, wenn die Leistungen ausgetauscht werden sollen, sondern auch wenn sie in eine gemeinsame Kasse fließen sollen."

23) Vgl. Endemann I § 181 Note 10 (S. 1135).

24) So Knoke S. 44.

25) Diese Ansicht vertritt jedoch Cosack II § 277, 5[a]; dagegen Knoke S. 44; Nicolai S. 38.

Andererseits aber erscheint es ungerechtfertigt, die Entscheidung darüber, ob der jeweils Beklagte dieses einstweilige Leistungsverweigerungsrecht haben solle, ausschließlich davon abhängig zu machen, ob der ihm gegenüberstehende Kläger[26] — also eventuell auch nur dieser — seinerseits erfüllt habe oder nicht, denn es müsse anerkannt werden, daß jeder Gesellschafter sich ebensowohl um der klägerischen als auch um der übrigen Leistungen willen verpflichtet habe.

Eine Vermittelung ist durch den Hinweis auf die Praxis versucht worden. Es wird ausgeführt[27]: „Richtiger dürfte es sein, die Frage im Einzelfall nach den besonderen Umständen zu entscheiden"; und zwar soll bei den Jahresbeiträgen der einzelne Gesellschafter die Einrede nicht haben, wohl aber bei den erheblicheren Kapitaleinlagen zur Gründung.[28] Doch diese „besonderen Umstände" können hier wie überall nur nach einem bestimmten einheitlichen Maßstab gerichtet werden, d. h. es ist beim Fehlen positiver Sonderregelung in letzter Linie der Grundgedanke des richtigen Rechtes, dem die Praxis hier unmittelbar Anwendung zu schaffen hat.

Die Lösung unserer Frage freilich ergibt sich schon aus der besonderen Gegenseitigkeitsnatur des Gesellschaftsvertrages. In jedem der gegenseitigen Schuldverhältnisse, welche aus dem Gesellschaftsvertrage hervorgehen, hat die exceptio non adimpleti contractus Anwendung zu finden.[29] Richtig ist von den beiden oben genannten Ansichten also die zweite: die Zubilligung der exceptio non adimpleti contractus hängt lediglich davon ab, ob der jeweilige Kläger seinerseits bereits erfüllt hat.[30]

26) Es kann als ausgemacht gelten, daß ein Gesellschafter für sich allein aktiv legitimiert ist, die Leistung — allerdings nur an alle — zu verlangen; vgl. Staudinger-Kober IV zu § 706; auch V[b] zu § 705.

27) Enneccerus-Lehmann B.G.B. I § 308 II (S. 654).

28) Nicolai S. 40 zustimmend, da die hier aufgeworfene Frage überhaupt nicht „nach starren Prinzipien" zu lösen sei, weil „eine Regel ohne Ausnahme gerade bei den hier komplizierten Verhältnissen nicht am Platze sei."

29) Daraus erklärt sich auch, daß der § 320 Abs. 1 Satz 2, wonach bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung die Leistung verweigert werden darf, jedenfalls nicht in dem Sinne verwendet werden kann, als ob der sämtlichen Mitgesellschafter Leistungen erst die Gegenleistung wären. Richtig vielmehr Planck II S. 455: „Jeder Gesellschafter hat einen selbständigen Anspruch auf Leistung des ganzen Betrages (an alle Gesellschafter)." Vgl. auch Knoke S. 43 f.; Matthiaß I S. 388*; Nicolai S. 42 auch S. 44. — Dasselbe gilt für die Anwendbarkeit des § 321. Der Gesellschafter B kann sich dem A gegenüber nicht auf Vermögensverschlechterung des C stützen. Vgl. Nicolai S. 45. Zweifelhaft bei Annahmeverzug eines anderen Mitgesellschafters; Anwendbarkeit des § 322 Abs. 2. Vgl. hierzu Nicolai S. 48—51.

30) Vgl. aber Dernburg B.G.B. II § 357 III: „Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist schon deshalb unstatthaft, weil der Gesellschafter die Verpflichtung zu Beiträgen richtiger Ansicht nach der Gesamtheit der Gesellschafter — der Gesellschaft —

Die Anwendung des B.G.B. § 321 auf die einzelnen Schuldverhältnisse bietet, so sollte man meinen, nicht einmal besondere tatbeständliche Schwierigkeiten.

Nichtsdestoweniger hat man vom Reichsgerichte die Entscheidung der doch ohne weiteres zu verneinenden Frage verlangt, ob das Bürgerliche Gesetzbuch ein Rücktrittsrecht des Käufers wegen Verschlechterung der Vermögenslage des Verkäufers nach Abschluß eines Zug um Zug zu erfüllenden, noch nicht fälligen Warenlieferungsgeschäftes kenne;[31] und ein Oberlandesgericht[32] hat entscheiden müssen, daß der Verkäufer nach bewirkter Vorleistung nicht berechtigt sei, den für die Zahlung des Preises gewährten Kredit wegen nachträglichen Vermögensverfalles des Käufers zu widerrufen, und daß[33] „im Falle des § 321" der zur Vorleistung Verpflichtete nicht auch vom Vertrage zurücktreten dürfe.

Der Parteiwunsch nach Geltung einer weniger eingeschränkten clausula rebus sic stantibus drängt immer wieder mit der — de lege lata allerdings vollständig unbegründeten — Forderung analoger Anwendung des B.G.B. § 321 (auch § 610) an die oberen Gerichte.

§ 10. Sonderfolgen der Nichterfüllung.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags muß auch sonst überall da zur Anwendung kommen, wo das Gesetz Verpflichtungen aufstellt, ohne deren Folgen ausdrücklich zu bezeichnen, sofern nur diese Verpflichtungen als gegenseitige anzuerkennen sind, so z. B. muß die Einrede der noch nicht gezahlten Vergütung bei der entgeltlichen Verwahrung zulässig sein auch gegen die vorzeitige Zurückforderung der hinterlegten Sache (B.G.B. § 695). Wenn ferner der Teilhaber der Gemeinschaft den anderen Teilhabern gegenüber verpflichtet ist, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstands, sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung

---

gegenüber übernimmt. Er kann die Beiträge ihr daher nicht um deswillen verweigern, weil ein Mitgesellschafter seinen Pflichten gegen die Gesellschaft gleichfalls nicht nachgekommen ist."

31) Ausführlich begründete Zurückweisung R.G. Bd. 50 S. 255—258. — Vgl. übrigens auch die Entsch in J.W. 1903 Beil. S. 6f.; auch eod. S. 22.

32) Colmar, vgl. R.O.L.G. Bd. 4 S. 31; vgl. auch O.L.G. Hamburg eod. S. 12 u. 13: „Wenn der Verkäufer das Recht aus § 321 zu einer Zeit geltend macht, wo seine Grundlagen noch nicht bestanden, kann er sich nicht nachträglich gegen die Klage des Käufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung damit wehren, daß er behauptet, inzwischen würden die Voraussetzungen jenes ihm ausnahmsweise gegebenen Rechtes eingetreten sein."

33) O.L.G. Hamburg in R.O.L.G. Bd. 6 S. 44.

und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen (B. G. B. § 748), so muß die Einrede des nicht erfüllten Vertrags auch hier den jeweils Beklagten zugebilligt werden.

In anderen Fällen setzt das Reichsrecht ausdrücklich den Zeitpunkt fest, in welchem die Zug um Zug-Verpflichtung entsteht: So bestimmt B. G. B. § 641 Abs. 1 „die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten"; und § 15 des Gesetzes über das Verlagsrecht „Der Verleger hat mit der Vervielfältigung zu beginnen, sobald ihm das vollständige Werk zugegangen ist."

Man möchte sich verleitet fühlen, in anderen Fällen den Inhalt der exceptio non adimpleti contractus konkretisiert wiederzufinden z. B. wenn bestimmt wird, der Frachtführer sei zur Ablieferung des Gutes nur gegen Rückgabe des Ladescheins verpflichtet, auf dem die Ablieferung des Gutes bescheinigt ist (H. G. B. § 448); ebenso wenn gegen die Klage auf Ablieferung der Schiffer die Einrede des noch nicht zurückgegebenen Konnossements (H. G. B. § 650) und gegen die Klage auf das Konnossement die Einrede des noch nicht zurückgegebenen vorläufigen Empfangsscheins (H. G. B. § 642) einwenden kann; wenn ferner die Eisenbahn gegen den Anspruch des Absenders auf Anhaltung oder Zurückgabe des Gutes oder dessen Auslieferung an einen anderen als den im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger die Einrede des noch nicht vorgelegten Frachtbriefduplikats (H. G. B. §§ 455, 433) und gegen den Anspruch auf Auslieferung des Gepäcks die Einrede des noch nicht zurückgegebenen Gepäckscheines hat (Eisenbahnverkehrsordnung § 33, 1).

In allen diesen Fällen ist es jedoch richtiger, in der Geltendmachung der genannten Einreden weiter nichts zu sehen als Bemängelungen der Aktivlegitimation dessen, der den Anspruch erhebt; nicht aber die technische exceptio non adimpleti contractus, da synallagmatische Verpflichtungen nicht in Frage stehen.

Wohl aber ist es ein Anwendungsfall der Einrede des nicht-erfüllten Vertrages, wenn z. B. die Eisenbahnverkehrsordnung (§ 68 Abs. 7) bestimmt: Die Auslieferung des Gutes erfolgt gegen Zahlung der etwa darauf haftenden Fracht- und sonstigen Beträge (und gegen Ausstellung der Empfangsbescheinigung). Ferner hat der Schiffer gegenüber dem Anspruch des Schiffsmanns auf Entlassung (Seemannsordnung § 55) und Heuer (ebenda § 36) die Einrede, daß die Ladung noch nicht gelöscht, das Schiff noch nicht gereinigt, im Hafen oder an einem

anderen Orte noch nicht festgemacht auch die erforderliche Verklarung noch nicht abgelegt sei.

Wenn die Seemannsordnung weiter bestimmt (§ 79): „Der Schiffer ist befugt, alle zur Aufrechterhaltung der Ordnung und zur Sicherung der Regelmäßigkeit des Dienstes erforderlichen Maßregeln zu ergreifen; zu diesem Zwecke darf er namentlich auch herkömmliche Erschwerungen des Dienstes oder mäßige Schmälerung der Kost eintreten lassen," so hat diese Disziplinarstrafe[1] zugleich eine Herabminderung des vertraglichen Äquivalents des Schiffers zur Folge und leitet zu einer Reihe weiterer Bestimmungen über, in denen sofortige völlige Rechtsverwirkung als Folge bloßer Nichterfüllung synallagmatischer Vertragspflichten auf gestellt ist.

So können z. B. nach Gewerbeordnung § 124 Nr. 4 Gesellen und Gehilfen vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit und ohne Aufkündigung die Arbeit verlassen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitern den schuldigen Lohn nicht in der bedungenen Weise auszahlt. Aus demselben Grunde können (nach Gew.O. § 133d Nr. 2), wenn der Arbeitgeber die vertragsmäßigen Leistungen nicht gewährt, die Betriebsbeamten und Werkmeister die Auflösung des Dienstverhältnisses verlangen; und umgekehrt hat (nach Gew.O. § 133c) der Dienstherr einen Anspruch auf Aufhebung des Dienstverhältnisses, wenn die Betriebsbeamten oder Werkmeister den nach dem Dienstvertrage ihnen obliegenden Verpflichtungen nachzukommen beharrlich verweigern oder ihren Dienst unbefugt verlassen. Es ist dies wohl dadurch zu erklären, daß in diesen Verhältnissen mit einer bloß einstweiligen Regelung, wie sie die §§ 320—322 B.G.B. treffen, nicht gedient ist.

Der Tatbestand der Nichterfüllung gegenseitiger Vertragspflichten aber findet sich auch versteckt in einer Reihe weiterer Bestimmungen mit Rechtsverwirkungsfolge: Er gehört nämlich zu dem „wichtigen Grunde", der in vielen Fällen gegenseitige Schuldverhältnisse zu vorzeitiger Auflösung zu bringen geeignet ist. So ist z. B. in B.G.B. § 723 als ein wichtiger Grund insbesondere bezeichnet, „wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche — richtiger wohl gegenseitige — Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahr-

1) Daß für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung im Vertrage Vertragsstrafen besonders festgesetzt werden können, findet sich ausdrücklich vorgeschrieben für die Aktiengesellschaft (H.G.B. § 212 Abs. 2).

lässigkeit verletzt"; so kann der Handlungsgehilfe (nach H.G.B. § 71 Nr. 2 u. 3) fristlos kündigen — aus wichtigem Grunde —, wenn der Prinzipal den Gehalt oder den dem Gehilfen gebührenden Unterhalt nicht gewährt, oder seinen sozialpolitischen (in H.G.B. § 62 vorgeschriebenen) Verpflichtungen nachzukommen verweigert; und umgekehrt kann nach H.G.B. (§ 72 Nr. 1 u. 2) der Prinzipal aus wichtigem Grunde fristlos kündigen, wenn der Handlungsgehilfe im Dienste untreu ist, oder seinen Dienst während einer den Umständen nach erheblichen Zeit unbefugt verläßt, oder sich beharrlich weigert, seinen Dienstverpflichtungen nachzukommen. Mithin muß auch in den Fällen, wo, wie in B.G.B. § 626, bloß vom wichtigen Grunde ganz allgemein die Rede ist[2], die Nichterfüllung synallagmatischer Verpflichtungen[3] mit hierunter verstanden werden.[4]

In anderen Gesetzesbestimmungen wird im Gegenteile etwaiger für den Fall der Nichterfüllung vertraglich festgesetzter völliger Rechtsverwirkung, und zwar mit zwingendem Rechte, entgegengetreten: z.B. wenn im Falle des § 1 des Gesetzes betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 bestimmt wird: „Hat bei dem Verkauf einer dem Käufer übergebenen beweglichen Sache, deren Kaufpreis in Teilzahlungen berichtigt werden soll, der Verkäufer sich das Recht vorbehalten, wegen Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen von dem Vertrage zurückzutreten, so ist im Falle dieses Rücktritts jeder Teil verpflichtet, dem anderen Teil die empfangenen Leistungen zurück zu gewähren. Eine entgegenstehende

---

2) Bezügl. der Anwendbarkeit dieses Paragraphen auf den gewerblichen Dienstvertrag, vgl. Schalhorn, Anwendbarkeit der §§ 611—630 B.G.B. auf die Dienstverträge mit gewerblichen Arbeitern (Gewerbegericht 4. Jahrg. Sp. S. 77—79); von Blume: Über das Verhältnis des § 626 B.G.B. zu den §§ 123, 124, 124a Gew.O. (Verwaltungsarchiv 7. Bd. S. 481—494).

3) Vgl. z. B. die von Staudinger Note 2a zu § 626 gegebenen Beispiele: Nichtbezahlung des Lohnes einerseits und Ungehorsam und Faulheit andererseits.

4) In diesem Zusammenhange sei auch auf Fälle hingewiesen, in denen bei Nichterfüllung des einen Teils der Erfüllungsanspruch des anderen Teils entfällt, weil besondere Gründe für die Nichterfüllung vorliegen: So, wenn nach dem Verlagsgesetze § 35 der Verfasser bis zum Beginne der Vervielfältigung berechtigt ist, von dem Verlagsvertrage zurückzutreten, wenn sich Umstände ergeben, die beim Abschlusse des Vertrages nicht vorauszusehen waren und den Verfasser bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles von der Herausgabe des Werkes abgehalten haben würden; ferner, wenn der Lehrherr keinen Anspruch auf weitere Lehrlingsleistungen hat, den Lehrling vielmehr spätestens nach vier Wochen entlassen muß, wenn dieser oder sein gesetzlicher Vertreter die schriftliche Erklärung abgibt, daß der Lehrling zu einem anderen Gewerbe oder Berufe übergehen werde (Gew. O. § 131), oder wenn jeder der beiden Parteien des Lehrverhältnisses das Recht zusteht, während der ersten vier Wochen nach Beginn der Lehrzeit dieses durch einseitigen Rücktritt aufzulösen (Gew. O. § 128).

Vereinbarung ist nichtig." Ferner dürfen nach Gew.O. § 119a die Lohneinbehaltungen des Gewerbeunternehmers aus widerrechtlicher Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei den einzelnen Lohnzahlungen ein Viertel des fälligen Lohnes, im Gesamtbetrage aber den Betrag eines durchschnittlichen Wochenlohnes nicht übersteigen. Ebenso ist nach Gew.O. § 134 Abs. 2 den Unternehmern von Fabriken, in denen in der Regel mindestens 20 Arbeiter beschäftigt werden, untersagt, für den Fall der rechtswidrigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeiter die Verwirkung des rückständigen Lohnes über den Betrag des durchschnittlichen Wochenlohnes hinaus auszubedingen.

In weiteren Nichterfüllungsfällen ist von der *Rechtsverwirkung erst dann Gebrauch gemacht, wenn eine Fristbestimmung oder Abmahnung vorhergegangen ist*: So kann der Mieter, wenn ihm der Gebrauch der Mietsache nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen (B.G.B. § 542), wenn der Vermieter eine ihm von dem Mieter bestimmte angemessene Frist hat verstreichen lassen, ohne Abhilfe zu schaffen; und umgekehrt hat der Vermieter das Recht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis zu kündigen, wenn der Mieter oder derjenige, welchem der Mieter den Gebrauch der gemieteten Sache überlassen hat, ungeachtet einer Abmahnung des Vermieters einen vertragswidrigen Gebrauch der Sache fortsetzt, insbesondere einem dritten den ihm unbefugt überlassenen Gebrauch beläßt oder die Sache durch Vernachlässigung der dem Mieter obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet (B.G.B. § 553). Wenn der Mieter die Anzeige eines Mangels der gemieteten Sache oder einer erforderlichen Vorkehrung zu ihrem Schutze unterläßt[5], so verliert er nach B.G.B. § 545 Abs. 2 die ihm in § 537 gewährten Rechte auf Mietszinsbefreiung oder Minderung.

Hier tritt aber bereits neben die bloße Rechtsverwirkung und das fristlose Kündigungsrecht des Vermieters auch ein *neuer selbständiger Anspruch des Vertragsgegners*, nämlich das Recht auf Ersatz des aus der Unterlassung entstandenen Schadens.[6] Ferner finden sich selbständige Ansprüche z. B. nach B.G.B. § 557: Dort ist die Folge der Nichterfüllung der dem Mieter synallagmatisch obliegenden Rückgabepflicht die,

5) Daß die Verpflichtung zur Mängelanzeige nach B.G.B. § 545 eine synallagmatische Verpflichtung des Mieters ist, findet sich oben in § 8 ausgeführt.

6) Die Klage auf Unterlassung (B.G.B. § 550) bedeutet nur eine Hervorhebung des Erfüllungsanspruchs. Auffällig ist hier vielmehr, daß auch der Geltendmachung dieses Erfüllungsanspruches eine besondere Abmahnung vorausgehen muß.

daß der Vermieter für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung den vereinbarten Mietzins verlangen kann.[7] Ferner hat der Unternehmer den Anspruch auf angemessene Entschädigung, wenn der Besteller nicht spezifiziert (B.G.B. § 642), und auf die vereinbarte Vergütung, wenn der Besteller kündigt (B.G.B. § 649). Der Schiffer hat Anspruch auf Liegegeld (H.G.B. §§ 574, 594 Abs. 5; Binnenschiffahrtsges. § 49), die Eisenbahn auf Lager- oder Standgeld (Eisenbahnverkehrs-Ordnung § 33, 3) bei Nichtabholung der beförderten Frachtstücke. Hierher gehört auch der Anspruch des Verkäufers auf Zinsen vom nicht gestundeten Kaufpreise[8] (B.G.B. § 452) und der des Unternehmers auf Zinsen von der nicht gestundeten Werkvergütung (B.G.B. § 641 Abs. 2). — Endlich ist auch § 124b der Gewerbeordnung zu beachten, wonach der Arbeitgeber, wenn ein Geselle oder Gehilfe rechtswidrig die Arbeit verlassen hat, als Entschädigung für den Tag des Vertragsbruchs und jeden folgenden Tag der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Arbeitszeit, höchstens aber für eine Woche, den Betrag des ortsüblichen Tagelohnes fordern kann. Freilich wird durch die Geltendmachung dieses Rechtes der Anspruch auf Erfüllung des Vertrages und auf weiteren Schadensersatz ausgeschlossen. Dieses Recht des Arbeitgebers hat durchaus nicht etwa denselben Charakter, wie das am Schlusse des genannten Gesetzesparagraphen dem Gesellen oder Gehilfen gegebene gleiche Recht gegen den Arbeitgeber, der den Gesellen oder Gehilfen vor rechtmäßiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses entlassen hat; denn in diesem Falle handelt es sich nur um eine besondere Hervorhebung des Erfüllungsanspruches.

§ 11. „Mangel im Rechte."

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in § 440 Abs. 1: „Erfüllt der Verkäufer die ihm nach den §§ 433—437, 439 obliegenden Verpflichtungen nicht, so bestimmen sich die Rechte des Käufers nach den Vorschriften der §§ 320—327."[1]

---

7) Wenn B.G.B. § 557 fortfährt: „Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen", so bezieht sich diese Rechtsfolge nicht auf den Tatbestand des ersten Satzes, sondern enthält überhaupt keinen selbständigen Tatbestand, und verweist lediglich auf die allgemeinen Tatbestände, in denen Schadensersatzansprüche gegeben werden. Vgl. insbes. in diesem Zusammenhange die stillschweigende Mietsverlängerung in B.G.B. § 568 und entsprechende Anwendung in B.G.B. § 597.

8) Vgl. Schreier S. 13: „Weil Zug um Zug der Vertrag erfüllt werden muß, soll der Käufer nicht Kaufgegenstand und Kaufpreis zu gleicher Zeit nutzen."

1) Zum „Mangel im Rechte" vgl. Petri, Gewährleistung für Mängel im Rechte beim Sachkauf nach B.G.B., Straßburger Diss. 1899; Schulhof, Gewähr-

Die Vorschrift hätte sich wohl von selbst verstanden, wenn es nicht die Rücksicht auf das vergangene Recht gewesen wäre, welche ihre nochmalige Hervorhebung und Einschärfung angebracht erscheinen ließ. Durch die Feststellung der Verpflichtung des Verkäufers zur Rechtsverschaffung, welche in den §§ 433—437 enthalten ist, führt das Bürgerliche Gesetzbuch eine vielhundertjährige Entwicklung weiter.[2]

Es ist ja hinreichend bekannt, daß die römische Jurisprudenz selbst zur Zeit ihrer Durchbildung den Verkäufer nur für Eviktion[3] haften ließ und von ihm nur verlangte, daß er dem Käufer habere licere prästiere. Daraus entwickelte sich eine besondere Lehre über die Mängel im Rechte; und das Verständnis dieser Lehre ist vielleicht durch nichts so sehr getrübt worden, als durch die ständige Zusammenstellung mit der Lehre über die Mängel der Sache[4], die doch nicht auf demselben

---

leistung für Rechtsmängel beim Kauf, Göttinger Diss. 1899; Döllinger, Haftung des Verkäufers für Mängel im Rechte nach röm., gem. R. und B.G.B., Tübinger Diss. 1901; Götz, Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel nach gem. R. und B.G.B., Tübinger Diss. 1902; Crasemann, Eviktionshaftung nach gem. R. und B.G.B., Leipziger Diss. 1902; namentlich aber Rabel, Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte, Leipzig 1902, bis jetzt nur Bd. 1: „Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg." — Wie bereits früher ausgeführt, gehört diese Vorschrift (systematisch betrachtet) nicht in die Lehre vom Kaufe, sondern sie ist allgemeiner: für alle Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind, B.G.B. § 445. Crome II § 173 behandelt auch hinter den allgemeinen Vorschriften der §§ 320 ff. die „Gewährleistung für versprochene Veräußerung und Belastung von Gegenständen", um den Zusammenhang mit der allgemeinen Vertragslehre zu erläutern. Erwähnt ist auch, daß A.L.R. § 317 I 5; §§ 135, 136, I 11; c. c. Art. 1626, Sächs. G.B. § 930 ff. und Öst. G.B. § 922 die Rechtsmängellehre allgemein für alle Verträge behandelten. Das B.G.B. hat sie in den Kauf gestellt, „um sie nicht allzu farblos zu gestalten", Crome a. a. O. Note 12. — Auch sonst ist die Rechtsgewährregelung anzuwenden z. B. bei der Annahme an Erfüllungsstatt (§ 365), wobei der Schuldner die Stellung des Verkäufers, der Gläubiger die des Käufers hat. Vgl. Simon, Gewährleistung usw. im Falle der Leistung an Erfüllungsstatt, Greifswalder Diss. 1899, insbes. S. 49.

2) Noch sämtliche neueren Kodifikationen (vgl. Mot. II S. 217) vertreten die römische Eviktionslehre. — Nach § 135 A.L.R. I 11 ist der Verkäufer schuldig, dem Käufer die Sache so zu gewähren, daß dieser sie bedungenermaßen als sein Eigentum besitzen, nutzen und darüber verfügen kann. Vgl. auch eod. § 136.

3) Plus est evincere quam vincere (Cuiacius ad cod. 8, 44): evincere est, legitimo certamine vincere, id est, cognitione iudicis, et non vincere tantum, sed rem abducere et auferre. (Idem ad l. 24 D. 21, 2), vgl. auch Donellus tr. de evict. c. 3 p. 219; Mot. II S. 218 „rechtliche und faktische Entziehung"; — „infolge des besseren Rechts eines Dritten", Crasemann S. 12.

4) A. A. Bernhöft S. 29: „Die Ansprüche wegen Entwehrung und wegen Mängel beruhen auf demselben Grunde: demjenigen, welcher eine Sache gegen Entgelt erworben hat, soll garantiert werden, daß er sie auch so nutzen kann, wie er es nach den Anschauungen des Verkehrs erwarten darf". — Vgl. aber auch Dernburg B.G.B. § 180 Note 1: „Nach A.L.R. wurden die sog. Mängel im Recht unter dem Gesichtspunkte der Gewährleistung behandelt; im B.G.B. ist der Gesichtspunkt der mangelnden Erfüllung zugrunde gelegt. Im A.L.R. sind demgemäß die kurz

Grunde ruht[5] oder etwa den gleichen historischen Entwicklungsgang durchgemacht hat. Die römische Rechtsmängellehre läßt sich m. E. kaum rechtfertigen, sondern höchstens historisch verstehen. Es ist auffällig, daß die Naturrechtslehrer in dieser Materie genug zu tun glaubten, wenn sie das positive römische Recht vortrugen[6], während sie sich doch vorhalten konnten, daß der Kauf das eigentliche Entäußerungsgeschäft ist, „daß die Absicht des Käufers dahin gehe, daß ihm der Verkäufer die Sache definitiv überlasse, daß er nehmen will (emere) um zu behalten (habere), während der Verkäufer geben will um wegzugeben (venumdare)."[7]

Was die Geschichte der römischen Rechtsmängelhaftung angeht, so kann als ausgemacht gelten, daß die Wurzeln des Instituts in einer „Eigenheit altrömischen Prozeßwesens" liegen[8], daß die actio emti in ihrer Richtung auf Rechtsgewähr anknüpft an die altrömische actio auctoritatis.[9] Es hatte der Manzipationsverkäufer[10], falls dem Käufer die verkaufte Sache streitig gemacht wurde, im Prozesse zu erscheinen, die Vertretung des Erwerbers zu übernehmen und dem Erwerber zum Siege zu verhelfen.[11] Unzweifelhaft wurde der Gewährsbruch ursprünglich als Delikt unter der Unterstellung bösen Willens geahndet.[12]

---

verjährbaren Gewährleistungsklagen (a. redhibitoria und quanti minoris) auch für Mängel im Rechte gegeben; im B.G.B. ist die Vertragsklage (a. emti) anzustellen". — Emerich S. 2 bezeichnet die „Haftung für faktische Güte und für den Erwerb des Eigentums" als ein Ergebnis der Tatsache, daß beim Kauf „die Erfüllung momentan" ist und „von beiden Seiten gleichzeitig geschehen kann".

5) Dernburg B.G.B. § 180: „Mangel im Rechte (Recht Dritter an der Kaufsache) ergibt nach B.G.B. Unvollständigkeit der Erfüllung, er ist scharf geschieden von Mängeln der Sache, gegen welche der Verkäufer Gewähr leistet". Vgl. auch Emerich S. 59: „Die Rechtsgewähr geht schon eo ipso aus der Verpflichtung zur Verschaffung des vollen Eigentums hervor und hat nichts besonderes an sich." Vgl. auch Endemann B.G.B. § 160[4].

6) Vgl. Rabel S. 266; insbes. eod. Coccejus. — Eigentumsverschaffung zuerst bei Wolf.

7) Bechmann, Kauf II S. 61.

8) So schon Bechmann, Kauf I S. 110ff. Vgl. jetzt Rabel S. 11 und andererseits Eck, „Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums" (Festgabe für Witte), Halle 1874, S. 13: „Die Gewährspflicht des Manzipanten hat zum Grunde ein ausdrückliches Versprechen und ist nach ihrem Inhalte auf Leistung einer bestimmten Geldsumme im Falle geschehener Eviktion beschränkt."

9) auctoritas = „Beistandsleistung des Verkäufers im Evikttionsprozesse" bei Bechmann I S. 118.

10) Bechmann I S. 116; Rabel S. 19.

11) Weiter entwickelt zur laudatio auctoris unseres Zivilprozesses. (C.P.O. §§ 76, 77.)

12) Rabel S. 8: „Schon das Duplum der Condemnation deutet mit Zuverlässigkeit darauf."

Und jedenfalls ist das Delikt nicht in der Schadenszufügung durch den Verkauf, sondern in der Nichtleistung des Schutzes zu erblicken.[13]

Schon dieser Entwicklungsgang muß gegen die Berechtigung (Richtigkeit) der römischen Rechtsgewährregelung für das moderne Recht bedenklich stimmen. Eck hat darauf hingewiesen[14], es seien für das gemeine Recht die Gründe, um derentwillen die Römer über den Mangel der Eigentumsverschaffung hätten hinwegsehen können größtenteils weggefallen: ein bonitarisches Eigentum und eine Verweigerung der exceptio justi dominii gebe es nicht mehr, und der unter dem Einfluß des kanonischen Rechtes durchgedrungene Satz: mala fides superveniens nocet erschwere die Ersitzung. Auch Bekker hat hervorgehoben[15], wir befänden uns hier in einem gewissen Gegensatz zu den Römern, die konsequente Durchführung der Eviktionslehre fordere hin und wieder das deutsche Billigkeitsgefühl heraus. In demselben Gedankengange betonen endlich auch die Motive[16], nur mit Annahme des Verschaffungsprinzips werde man der in der Gegenwart vorherrschenden Auffassung über Bedeutung und Wesen des Veräußerungs- und insbesondere des Kaufvertrags gerecht.

So weit das Rechtsverschaffungsprinzip anerkannt wird — insbesondere soweit es sich in den B.G.B. §§ 434—439 konkretisiert findet[17] —

---

13) Rabel S. 10 — Pernice, Labeo III, 1 S. 116 sieht es in der „Lüge vor den umstehenden Volksvertretern."

14) Eck a. a. O. S. 25; daselbst auch der Versuch, aus den Quellen (insbes. l. 31 pr. D. 41, 1) zu beweisen, daß auch in Rom das Rechtsverschaffungsprinzip gegolten habe.

15) In seinem und Muthers Jhb. Bd. 6 S. 230. — Uneingeschränkt für das römische Prinzip Bechmann und die von Rabel S. 108 Note 1 Zitierten.

16) Mot. II S. 213.

17) Der Inhalt dieser Paragraphen ist schon vielfach erörtert. Eine genauere Erläuterung gehört nicht zur Aufgabe dieser Arbeit; jedoch mögen folgende Einzelheiten nicht unerwähnt bleiben:

A) Zu B.G.B § 436: Im zweiten Entwurfe versuchte man auch die Haftung für Grunddienstbarkeiten auszuschließen. Dies ist jedoch nicht in das B.G.B. aufgenommen. Wenn daher auf einem Grundstück eine Grunddienstbarkeit ruht (die der Käufer nicht kannte), so hat der Verkäufer teilweise nicht erfüllt. Richtig gibt in diesem Falle das Reichsgericht die exceptio non adimpleti contractus (Seuff. Arch. Bd. 55 S. 22; allerdings nach A.L.R.); so auch Schulhof S. 19, der aber daraus folgert, es könne der Käufer regelmäßig eine Wertminderung verlangen und bei mangelndem Interesse am belasteten Grundstücke vom Kaufe zurücktreten. — Sonst werden die Rechtsgewährvorschriften nur mit den allgemeinen Vorschriften über die Unmöglichkeit verglichen, so von Crome § 219; Titze S. 265.

B) Auch die Sondervorschrift des § 437 (Haftung für den rechtlichen Bestand der Forderung) wird nur mit der allgemeinen Regelung der Unmöglichkeit verglichen, vgl. Schreier S. 21; Schulhof S. 21; Kleineidam S. 160; Mot. II S. 177. Andere vergleichen hier mit den Sachmängelvorschriften, so Hanausek, Haftung des Verkäufers

liegt, das läßt sich wohl kaum bezweifeln, in Nichtverschaffung des Rechts eine Nichterfüllung[18] gegenseitiger Vertragspflicht; die Rechtsfolge ist hier die regelmäßige: Anwendbarkeit der B.G.B. §§ 320—322.[19]

Bei der Begründung des Regelprinzips der Rechtsverschaffung knüpfen auch die Motive an die Nichterfüllung das Leistungsweigerungsrecht. Sie führen aus:[20] „Das Recht der Leistungsweigerung steht dem Erwerber kraft des Verschaffungsprinzips schlechthin nach den allgemeinen Grundsätzen der exceptio non adimpleti contractus zu, wonach sie gegenständlich auch nicht auf einen verhältnismäßigen Teil der Gegenleistung beschränkt ist."

Jedoch ist das Leistungsweigerungsrecht nicht schlechthin ohne jede Abänderung an diese Stelle übernommen.

Bei der exceptio non adimpleti contractus liegt der Erfüllungsbeweis dem Kläger ob, der die Gegenleistung verlangt. Hier dagegen bestimmt B.G.B. § 442 ganz allgemein:[21] „Bestreitet der Verkäufer den vom Käufer geltend gemachten Mangel im Rechte, so hat der Käufer den Mangel zu beweisen."[22] Also trifft hier bei der Kaufpreisklage des Verkäufers den Beklagten der Beweis, daß der Kläger nicht erfüllt habe. Diese Vorschrift gilt „ohne Rücksicht darauf, ob der dingliche

---

II § 371, 4; dagegen Scherer, Schuldverh. Note 1 zu § 437; Crome B.G.B. § 218; Titze S. 265, auch S. 271. — Bestritten ist auch, bis zu welchem Zeitpunkt für den Bestand unbedingt gehaftet wird: Nach Schulhof S. 22 bis zum Augenblicke der Erfüllung; nach Ortmann S. 159 und Planck S. 229 bis zur Zeit des Vertragsschlusses. — Der Grund der Sonderregelung liegt im Mangel eines körperlichen Gegenstandes und der dadurch dem Käufer entstehenden Erschwerung der Erkundigung; vgl. l. 5 D. 18, 1; Stammler Schv. S. 108; Bechmann II S. 438; Schollmeyer S. 153; auch Kleineidam S. 160f.: „Eine nicht bestehende Forderung ist ebensowenig vorhanden wie eine nicht bestehende Sache. Es ist nicht einzusehen, warum die bloße Möglichkeit des Entstehens bei den Forderungs- und den diesen analog behandelten anderen Rechten eine größere Wirkung haben soll als bei den körperlichen Sachen."

18) Und zwar — wie Titze S. 264 ganz richtig hervorhebt — in der Regel totale, selten teilweise Nichterfüllung (nicht aber wie a. a. O. „Unmöglichkeit").

19) Crome § 173, 1: Knott S. 57: „Die Rechtsgewährhaftung und die allgemeine Haftung wegen Nichterfüllung sind identisch"; vgl. auch eod. S. 21 auch Mot. II S. 216f.

20) Mot. II S. 216f.

21) Vgl. auch Titze S. 265: „Nach allgemeinen Grundsätzen müßte, je nachdem der Mangel seitens des Käufers in der Form der exceptio non adimpleti contractus oder in Gestalt der Einrede des nicht erfüllbaren Vertrages geltend gemacht würde, bald der Verkäufer die Erfüllung, bald der Käufer die Unmöglichkeit der Erfüllung beweisen."

22) Schulhof S. 44: „und zwar nicht nur, wenn er klageweise vorgeht, sondern auch, wenn er einredeweise den Rechtsmangel vorschützt."

Vertrag schon zu dem obligatorischen hinzugetreten sei oder noch ausstehe."[23] Zur Begründung weisen die Motive nur auf „absolute Zweckmäßigkeitsgründe" hin, und in der Litteratur wird diese Ansicht geteilt.[24] Demgegenüber möchte ich darauf aufmerksam machen, daß doch — worauf im folgenden noch einzugehen ist — nach der herrschenden Ansicht die Haftung des Verkäufers für Sachmängel in der Litteratur gerade darauf gestützt wird, daß dieser zur Erkenntnis der Mängel eher in der Lage sei als der Käufer, dem die Sache fremd war, und daß dem Verkäufer auch der Beweis des Nichtvorhandenseins von Sachmängeln aus dem Grunde auferlegt wird, weil er vertragsmäßige Erfüllung darzutun habe.[25] Gerade alles dies scheint mir sehr dafür zu sprechen, daß es schlüssiger gewesen wäre, den § 442 im Bürgerlichen Gesetzbuche wegzulassen, in dieser Hinsicht scheint mir die rechtliche Situation bei den Rechtsmängeln nicht eben viel anders zu sein als bei den Sachmängeln.

Die römische Eviktionslehre aber hätte hier der immerhin weiten Ausführung kaum bedurft, wenn nicht das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 440 Abs. 2—4, 441 das römische Prinzip doch wieder zum Durchbruch gebracht hätte. Wenn eine bewegliche Sache — um nur den Regelfall herauszugreifen — verkauft und dem Käufer zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergeben worden ist, so soll der Käufer wegen des Rechts eines Dritten, das zum Besitz der Sache berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur verlangen können, wenn er die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat (oder sie dem Verkäufer zurückgewährt oder untergegangen ist). Bernhöft[26] wandte bereits gegen den etwa entsprechenden § 374 des ersten Entwurfs ein: „Da haben wir ja das habere licere praestare. Was nützt mir die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung, wenn ich nicht darauf klagen, sondern meinen Anspruch erst nach erfolgter Entwehrung geltend machen kann." Es nützt wohl auch nichts, hier nicht von einem Überbleibsel des Eviktionsprinzips, sondern lediglich von einer „Ausnahme vom Verschaffungsprinzip" zu reden, „die das

23) Mot. II S. 223, vgl. auch eod. S. 217.

24) Einseitig doch z. B. Schreier S. 8: „Diese Bestimmung ist sehr vorteilhaft für den Verkäufer. Ohne diese würde der Käufer den Verkäufer mit der Bezahlung des Kaufpreises hinhalten können."

25) So Dernburg B. G. B. II, 2 § 184 V.; a. A. Cosack I § 127 VII 1.

26) Bernhöft S. 21.

Gesetz aus Billigkeitsgründen getroffen habe."[27] Es ist dies allerdings der Standpunkt der Motive[28], welche ausführen, aus Gründen der „Praktikabilität" und einer gewissen Billigkeitsrücksicht gegen den Veräußerer sei diese Modifikation erforderlich. Es wird hier die Übereinstimmung dieser besonderen Rechtssätze mit den Grundsätzen des richtigen Rechts behauptet. Doch scheint mir der folgende Satz der Motive: „Diese Modifikation ist allerdings positiver Natur" zu dieser Behauptung nicht recht zu stimmen.

Zur Begründung führen die Motive aus:[29] „Es zwingen zu dieser Modifikation die Verwicklungen, welche bei Festhaltung des reinen Verschaffungsprinzips sich ergeben und daraus entspringen, daß solange der Dritte gegen den Erwerber mit Erfolg seine Rechte nicht geltend gemacht hat, das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien (auf Grund der Voraussetzung, der Dritte habe das betreffende Recht bereits in definitiver Weise) allermeist kaum oder schwer zu ordnen wäre, und daß es insbesondere an der Grundlage für die Berechnung des zu erstattenden Interesses meistens fehle."

Man glaubt eher als einen Gesetzgeber einen gewissenhaften Rechtsanwalt zu hören, der seinem Klienten einstweilen noch vom Prozesse abrät. Namentlich sieht man nicht ohne weiteres ein, warum die rechtliche Situation bei Grundstücken denn so fundamental anders liegen solle. Darauf weist auch Crome[30] hin mit der Ausführung: „Ist der Käufer im ungestörten Besitz und Genuß des Grundstücks geblieben, so erleidet er insoweit gar keinen Schaden; sein Schaden besteht in der etwaigen Unmöglichkeit, das Grundstück weiter zu veräußern, oder in rechtlicher Beunruhigung durch Dritte. Verlangt er nun dieserhalb Ersatz, so ist damit die Sache keineswegs erledigt, denn die betreffenden Nachteile werden immer von neuem entstehen. Die definitive Erledigung der Sache setzt entweder voraus, daß dem Käufer das volle Recht verschafft wird, oder daß er das Grundstück gegen vollen Ersatz zurückgibt."

Immerhin hat die Aufstellung der Eviktionsvorschrift als Ausnahmebestimmung zur Regel der Rechtsverschaffung eine wichtige Folge:

---

27) z. B. Crasemann S. 26 f.: „Die Grundlage des Anspruchs auf Schadensersatz bleibt immer die Tatsache der Nichterfüllung der Verschaffungspflicht", vgl. auch eod. S. 56 f.

28) Mot. II S. 217; vgl. auch S. 220: „Diese Auffassung dient gleichzeitig dem Interesse der Einfachheit des Gesetzes."

29) Mot. II S. 217.

30) Crome II § 219, 3 b β.

Es soll in den §§ 440 Abs. 2—4, 441 keine selbständige neue Schadensersatzhaftung an einen an dieser Stelle erschöpfend neugeordneten Tatbestand angeknüpft werden, sondern es soll der in den allgemeinen Vorschriften gegebene Schadensersatzanspruch außer von seinen in der allgemeinen Regelung enthaltenen Voraussetzungen auch noch davon abhängig gemacht werden[31], daß die Eviktion bereits erfolgt ist. Nun erinnert man sich aber, daß in dieser allgemeinen Regelung von einem Schadensersatzanspruche nur die Rede ist im Falle der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit (B.G.B. § 325) und des Verzuges (B.G.B. § 326). Es ist mithin zum Tatbestande der Sondervorschriften der §§ 440 Abs. 2—4, 441 erforderlich, daß dem Verkäufer die Erfüllung unmöglich ist (und zwar wegen eines Umstandes, den er zu vertreten hat) oder daß er im Verzuge ist. Bei der bloßen Nichterfüllung kommen diese Sonderbestimmungen noch gar nicht in Betracht. Sie würden daher hier bei den Sonderfolgen bloßer Nichterfüllung auch nicht ihre Erledigung zu finden haben, sondern im dritten Teile dieser Schrift bei der Einordnung der Vorschriften über die Unmöglichkeit. Nur weil diese Frage in der Litteratur zumeist[32] bei der bloßen Nichterfüllung behandelt ist, hat sie im Zusammenhange der Lehre vom Mangel im Recht[33] hier ihre Stelle gefunden.

§ 12. Sachmängel.

Während man die Eviktionshaftung des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Litteratur statt bei der Unmöglichkeitslehre schon bei der „Nichterfüllung" einordnet, vergleicht man die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Haftung des Verkäufers für physische Mängel der verkauften Sachen fast ausschließlich[1] mit den allgemeinen Bestimmungen

31) Vgl. auch Dernburg B.G.B. § 181 Note 4: „Nur die Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung, nicht aber die weiteren Ansprüche des Käufers werden durch B.G.B. §§ 440, 441 beschränkt."

32) Auch die Motive haben sich hier vom Tatbestandserfordernis der Unmöglichkeit der Erfüllung befreit. — Vgl. aber Titze S. 265.

33) Übrigens ist diese Lehre vom „Mangel im Recht" nicht auf den Kaufvertrag beschränkt: Bei der Miete greift (entsprechend ihrem Begriffe als entgeltlicher zeitweiser Gebrauchsgewähr) die Rechtsmängelhaftung Platz, wenn das Recht des Dritten derart ist, daß „dadurch dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil entzogen wird." B.G.B. § 541. (Als Rechtsfolgen sind hier die für die bloße Nichterfüllung und für Sachmängel bei der Miete bestimmten festgesetzt.) — Beim Werkvertrage ist B.G.B. § 445 unmittelbar anzuwenden; vgl. Staudinger I, 1 zu § 633; Ortmann S. 354.

1) Anders allerdings Stammler, Schv. S. 100.

über die Unmöglichkeit der Leistung[2], ohne zunächst die notwendige Frage zu erledigen: Sind denn die Tatbestände überhaupt vergleichbar? Wie reiht sich der bei der Sachmängelhaftung zugrunde gelegte Tatbestand in die bei der allgemeinen Regelung zugrunde gelegten Tatbestände ein?

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche sind die ädilizischen Rechtsmittel gegeben (B.G.B. § 459):[3]

1. „Wenn die Kaufsache nicht die zugesicherten Eigenschaften hat;"

2. „Wenn sie mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen[4] oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern.[5]"

In beiden Fällen ist entscheidend der Zeitpunkt, zu welchem „die Gefahr auf den Käufer übergeht", d. h. derjenige der Übergabe, oder der etwaigen früheren Eintragung des Grundstückskäufers oder der Auslieferung der etwa zu versendenden Sache an die zur Übermittelung bestimmte Person (B.G.B. §§ 446, 447).

Einwandsfrei wird im Anschluß hieran argumentiert:[6] „Bei einer vor dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs erfolgenden Beurteilung kommt die Anwendung der Vorschriften über die Gewährleistung über-

---

2) In letzter Zeit sind allein drei Dissertationen erschienen, die sich dieser Vergleichung unterziehen — auch unter dem gleichen Titel: „Die Bestimmungen des B.G.B. über die Haftung des Verkäufers für Mängel der verkauften Sachen, verglichen mit den allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung — nämlich Kalthoff, Freiburger Diss. 1901; Schernowsky, Rostocker Diss. 1902; Knott, Hallische Diss. 1903.

3) Zu den ädilizischen Rechtsbehelfen vgl. außer der bekannten Litteratur — insbes. Bechmann, Kauf, und Hanausek, Haftung des Verkäufers — noch neuerdings: Steinitz, Voraussetzungen der Rechte auf Wandelung und Minderung, Breslauer Diss. 1901; John, Rechte des Käufers bei Mängeln in der Quantität der Kaufsache, Rostocker Diss. 1899; Goudefroy, Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache nach B.G.B., Rostocker Diss. 1902; Stahl, Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache, Erlanger Diss. 1900; Ehrlich, Gewährleistung wegen Mängel der Sache, Greifswalder Diss. 1900.

4) Vgl. auch § 319 A.L.R. I 5. — Dernburg B.G.B. II 2, § 184 I: „was nach den Verkehrsanschauungen als Fehler gilt."

5) Selbständig daneben steht die Haftung für Arglist (vgl. § 460 a. E.); sie bietet weder für die Gesetzgebung noch für die Rechtslehre ein Problem. — Vgl. übrigens Ehrlich S. 35; auch Süßheim, Rechtsfolgen arglistigen Stillschweigens, Bl. f. R.anwendung, 66. Jhg. 1901 S. 205—214, 223—230, 237—243.

6) Vgl. z. B. Neumann, Vorbem. III, 1 zu §§ 459 ff.; besser noch: bei einer auf die Zeit vor Gefahrübergang gerichteten Beurteilung; Emerich S. 67, mit dem richtigen Hinweis: „Indessen ist die Anwendung der besonderen Vorschriften keineswegs von der Annahme der Sache abhängig; der Käufer kann die speziellen Ansprüche aus der gesetzlichen Gewährleistung geltend machen, auch wenn er die Sache wegen Mängel zurückweist." A. A. Dernburg B.G.B. II 2 S. 55, der auch die Geltendmachung erst nach Gefahrübergang zuläßt, und Kalthoff S. 47, der die Geltendmachung „gleich nach Eintritt eines Mangels" gestattet wissen will.

haupt nicht in Betracht." Wenn dann aber sofort angeschlossen wird: „Das Rechtsverhältnis richtet sich vielmehr bei nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung nach B.G.B. §§ 275 ff., 323 ff.; bei ursprünglicher Unmöglichkeit nach §§ 306 ff.", so hätte die Fortsetzung wohl korrekter zu lauten: es gelten lediglich die allgemeinen Bestimmungen.

Angenommen aber weiter, die Tatsachen, an welche der später in der Anwendung der Unmöglichkeitsregelung noch zu besprechende Gefahrübergang geknüpft ist, seien gegeben, so ist die erste Frage: Liegt in den genannten Fällen mangelhafter Erfüllung Nichterfüllung vor?

„Eine nicht ordentliche Erfüllung ist gleich keiner Erfüllung" lehrt zur Frage der exceptio non rite adimpleti contractus die herrschende Ansicht über Mangelhaftigkeit der Leistung[7], welche früher an dieser Stelle des Systems zur Erörterung kam und zu der Ablehnung gerade der besonderen exceptio non rite adimpleti contractus führte.

Daß mit dieser Ablehnung das Problem jedoch nicht aus dem positiven Rechte geschwunden ist, zeigt sich jetzt namentlich an der hier behandelten Stelle der Haftung für Sachmängel beim Kaufe, aber auch bei Mängeln am Werk und Mängeln (z. B. Gesundheitsschädlichkeit) der Mietsache.[8] An der Hauptstelle, an der diese Erörterung vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches zuletzt einsetzte, nämlich bei der Mängelrüge im Handelsrecht, ist für die Rechtsanwendung jetzt etwas vorgebeugt: die Schwierigkeiten der Subsumtion zwischen dem Mangel und dem in jedem Mängelprozesse eingewandten aliud haben zu der Sonderbestimmung geführt, daß die Mängelrüge auch erforderlich sein soll[9], „wenn eine andere als die bedungene Ware oder eine andere als die bedungene Menge von Waren geliefert ist, sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte."

Theoretisch ist wohl kaum ein Zweifel darüber, daß auch bei geringfügiger Abweichung, sobald nur das Gelieferte als etwas anderes zu

---

7) Vgl. Stammler Schv. S. 99; Schreier S. 11.

8) Der Vermieter hat wohl eine Reparaturpflicht, nicht aber eine Wiederherstellungspflicht der zufällig untergegangenen Sache. Bezüglich der Abgrenzung eine subjektive Theorie bei Mittelstein S. 96: „Abwägen der beiderseitigen Interessen, namentlich der Dauer des Mietvertrages und des Umfanges der erforderlichen Arbeiten." Richtig dagegen Prot. II S. 130 objektiv: „Wahrung der Identität der Sache." — Vgl. Staudinger-Kober Note IV zu B.G.B. § 536; auch Fischer, Das Problem der Identität und der Neuheit.

9) H.G.B. § 378.

qualifizieren ist als das Geschuldete, Nichterfüllung sicherlich vorliegt. Sollte dies aber wirklich auch bei jeder mangelhaften Erfüllung der Fall sein?

„Mangel" bedeutet zunächst die Konstatierung des Fehlens gewisser Eigenschaften[10]; ferner aber ein (mißbilligendes) Werturteil, für welches der Maßstab zweifelhaft sein kann.[11]

Es ist in diesem Zusammenhange höchst beachtenswert, daß im gemeinen Rechte die Frage, ob die ädilizischen Rechtsmittel auch bei Gattungskäufen zulässig seien[12], gerade deshalb zu Streit geführt hat, weil Thöl[13] die Behauptung aufgestellt hatte: Bei einem Gattungskaufe ist die fehlerhafte Ware stets ein aliud; es liegt in diesem Falle stets Nichterfüllung vor, wenn mangelhaft erfüllt ist.[14]

Es ist wohl hinreichend bekannt, daß das Reichsoberhandelsgericht[15] nach einigem Schwanken, das Reichsgericht[16] aber ständig diese Auf-

---

10) Zum Begriffe der Eigenschaft vgl. R.G. in J.W. 1902 Beil. S. 213 (Bilderbezugsquelle keine Eigenschaft des verkauften Panoramas); auch eod. S. 270 (Nr. 207): Angabe über frühere Rentabilität ist Zusicherung einer Eigenschaft des Mietgegenstandes (Bierumsatz). Daselbst als feststehende Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß „unter den Begriff der Eigenschaft nicht nur die natürlichen, der Sache bleibend innewohnenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächlichen und rechtlichen, sei es in der Gegenwart, sei es in der Vergangenheit liegenden Verhältnisse fallen sollen, welche zufolge ihrer Beschaffenheit und der vorausgesetzten Dauer nach den allgemeinen Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen." Vgl. auch R.G. Bd. 21 S. 311, Bebaubarkeit keine Eigenschaft des Grundstücks R.G. in J.W. 1903 Beil. S. 8 Nr. 18. — Die Verkehrsanschauung als Maßstab des Mangelbegriffs auch bei Bernhöft S. 47. Es handelt sich aber bei diesem Hinweis nicht um den Begriff, sondern höchstens um ein Hilfsmittel bei seiner Anwendung. — Vgl. ferner Titze S. 283; Knott S. 15; Petersen S. 31 über den Unterschied zwischen mangelhafter und unvollständiger Erfüllung.

11) Ist die Bewertung auch hier eine juristische? Man wird das wohl annehmen müssen.

12) Eine Frage, die nur deshalb aufgeworfen werden konnte, weil die Stellen der ädiltzischen Klagen im Corpus juris gerade keinen Gattungskauf enthielten, die also nach der jetzigen prinzipiellen Regelung höchstens gegenteilig aufgeworfen werden könnte: „Schließt etwa das Wesen des Gattungskaufes die besonderen Mängelansprüche aus?" — Vgl. übrigens jetzt Kiehl, Rücktrittsrecht des Käufers beim Genuskaufe, besprochen an einem prakt. Falle nach A.L.R. u. B.G.B. (Gruchot Bd. 42 S. 591—610); Müsch, Wie unterscheidet sich der Genuskauf vom Spezieskauf? Erlanger Diss. 1898; Balcke, Welche Rechte hat der Käufer von Gattungssachen bei Lieferung mangelhafter Sachen usw., Freiburger Diss. 1900.

13) Handelsrecht I § 275.

14) Daher die ädilizischen Rechtsmittel nicht zulässig seien, wohl aber ein Recht auf vertragsmäßige (mangelfreie) Lieferung mit Interesseanspruch wegen der zeitweiligen Nichterfüllung — genauer der ursprüngliche Anspruch auf Erfüllung und ev. auch ein Anspruch wegen Verzögerung — gegeben sei.

15) Vgl. R.O.H.G. Bd. 4 S. 181, Bd. 5 S. 353 u. 399.

16) z. B. R.G. Bd. 12 S. 84.

fassung abgelehnt, andererseits aber Windscheid[17] sie bis zuletzt vertreten hat.[18] Goldschmidt ist es gewesen, der seinerzeit vor dem Plenum des Reichsoberhandelsgerichts das Referat gehalten, und die Rechtfertigung der ablehnenden Ansicht gegeben hat.[19]

Hier sei nur auf folgendes hingewiesen: „Wer sich verpflichtet hat, einen dreijährigen braunen militärfrommen Wallach zu leisten, erfüllt den Vertrag durch Leistung eines Wallachs von dieser Beschaffenheit, auch wenn derselbe stätig oder rotzig ist; ein fleckiger Abzug des Müllerschen Kupferstiches der Sixtinischen Madonna von Raphael ist immer noch der zugesagte Kupferstich; rostige Solinger Stahlwaren sind immer noch die versprochene Ware."[20]

Beim Spezieskauf vollends ist der Verkäufer gar nicht in der Lage, anders als gerade durch Leistung der mangelhaften Sache zu erfüllen.[21]

Wenn freilich — wir vergleichen jetzt mit diesen gemeinrechtlichen Ergebnissen die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuchs — die Kaufsache nicht die zugesicherten Eigenschaften hat oder an Fehlern leidet, die den nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben, wird man allenfalls von Nichterfüllung der kontraktlich zugesagten Leistung sprechen können. Bei der bloßen Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kann dies füglich schon recht zweifelhaft werden. Kann man hiervon

---

17) Pand. § 394 Nr. 5

18) Vgl. Bernhöft S. 42, die ädilizischen Rechtsmittel seien nur Notbehelfe; wo ordnungsmäßige nachträgliche Erfüllung noch möglich sei, da sei diese das zunächst Geschuldete. Vgl. Dernburg B.G.B. II 2 § 188: „Ist eine der bedungenen nach Gattung und Art entsprechende, wenn auch fehlerhafte Sache geliefert und angenommen, so ist keineswegs etwas anderes, als vereinbart war, geliefert, vielmehr ist erfüllt, nur ist mangelhaft erfüllt"; und eod. weiter unten: „Der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache richtet sich zwar im allgemeinen nach dem Inhalte des Kaufvertrags und den gewöhnlichen Regeln über dessen Erfüllung. Dem Grundgedanken nach ist er kein Gewährschaftsanspruch, dennoch wird er in B.G.B. § 480 Abs. 1 durch seine Verweisungen wie ein Gewährschaftsanspruch gestaltet...." Vgl. auch Crome B.G.B. § 220, 2c: „Endlich läßt sich beim Gattungskaufe, da dieser regelmäßig auf Leistung von Sachen mittlerer Art und Güte der betreffenden Gattung geht (B.G.B. § 243), die Auffassung rechtfertigen, daß eine Lieferung mangelhafter Sachen keine Vertragserfüllung sei. Daher erfährt auch dieser Fall eine besondere Regelung (B.G.B. § 480)." — Daß Lieferung wertloser Ware Nichterfüllung sei, ausgeführt von R.G. in J.W. 1903 Beil. S. 8.

19) Vgl. Goldschmidts Ztschr. für Handelsr. Bd. 19 S. 107.

20) so Goldschmidt a. a. O. Vgl. jetzt auch Dernburg B.G.B. II 2 § 188 I.

21) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 107; auch Crome B.G.B. § 173, § 220, 2 „denn diese Sache hatte er zu liefern versprochen, und dieses Versprechen hat er erfüllt." Vgl. auch Mot. II S. 224.

aber überhaupt noch reden bei Fehlern, die Wert oder Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauche aufheben oder mindern?[22]

Man erinnere sich hierbei insbesondere daran, daß — wenigstens, soviel ich sehe, nach unbestrittener Rechtsansicht[23] — das gemeine Recht eine selbstverständliche stillschweigende Zusage der Fehlerlosigkeit beim Spezieskauf nicht kannte, und daß, was den Genuskauf anlangt, die dort erforderte Art und Güte[24] mit Fehlerfreiheit noch durchaus nicht zusammenfällt.[25]

In dieser Erwägung ist auch die Frage nach dem Rechtsgrund der Mängelhaftung aufzunehmen, die allerdings selten — wie jede Frage nach der Richtigkeit konkreten Rechtes — behandelt worden ist.

Windscheid sieht bekanntlich als systematische Grundlage der ädilizischen Klagen die Voraussetzung an: die Voraussetzung des Käufers, daß die Sache fehlerfrei sei.[26] Hiergegen führt Crome aus:[27] „Die ädilizischen Klagen sind vielmehr positiven Rechtens und bezwecken lediglich eine Ausgleichung der Interessen beider Teile nach den Regeln der Billigkeit," und Dernburg[28] bezeichnet sie als eine „Art von Vermittelung der Prätentionen beider Teile". Dieses letztere kann füglich nur Bedeutung haben im Sinne der „Sondergemeinschaft" als rein gedanklichen methodischen Hilfsmittels zur Auffindung richtigen Rechtes. Und zu dem ersteren ist zu bemerken, daß schließlich jede

22) Vgl. auch Kloß, Sächs. Arch. Bd. 9 S. 283; dagegen Berndorff, Gattungsschuld S. 87; dagegen wieder Kalthoff S. 48 f.; Emerich S. 67 unten, S. 68 unter 2; Kisch S. 193; Titze S. 274; Petersen S. 29; auch Crome B.G.B. II § 169, 2b.

23) Goldschmidt a. a. O. S. 107: „Hätte man solche Zusage subintellegiert, so würde es des Edikts gar nicht bedurft, sondern die Kontraktsklage ausgereicht haben; und der Gedanke des ädilizischen Edikts ist gar nicht der, daß fortan eine solche Subintellegierung eintreten solle, sondern daß dem Verkäufer Anzeige der Fehler auferlegt wird." Vgl. auch Windscheid, Pand. II § 394 Note 20: „Ohne allen Zweifel gilt beim Kauf individuell bestimmter Sachen die Fehlerlosigkeit der Sache nach römischem Rechte nicht ohne weiteres als stillschweigend bedungen ... Hier wird eben ... diese bestimmte Sache verkauft. Die Auslegung: diese bestimmte Sache, und zwar als fehlerlose, ist eine viel ferner liegende, als beim Kaufe generisch bestimmter Sachen die Auslegung: eine Sache von diesen Merkmalen, und „zwar eine fehlerlose Sache von diesen Merkmalen." (Das letztere soll Windscheids abweichende Meinung zur Frage der Anwendbarkeit der ädilizischen Regelung bei Genuskäufen motivieren.)

24) Nicht einmal die nach Handelsrecht erforderliche „mittlere". Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 110; also auch jetzt nicht die nach B.G.B. § 243.

25) Vgl. auch Ehrlich S. 19: „Das B.G.B. kennt nicht eine Pflicht zur Schadloshaltung wegen Verkaufs einer mangelhaften Sache, die von der Gewährleistungspflicht als solcher losgelöst ist."

26) Windscheid, Voraussetzung Nr. 73 ff.; Pand. II § 393.

27) Civ. Arch. Bd. 78 S. 138, vgl. auch Crome, B.G.B. Bd. 2 § 173; gegen Windscheid auch Dernburg, B.G.B. § 184, II.

28) Pand. II § 100 a. E.

positive Rechtsregel das inhaltlich objektiv Richtige anordnen will, daß sie den Regeln der Billigkeit — besser: der Gerechtigkeit, d. h. des sozialen Ideales — zu entsprechen beansprucht. Auch scheint es mir nicht wohl angängig, hier von einer gesetzlichen Garantiehaftung des Verkäufers zu reden[29], denn das wäre doch wohl nur die eben noch zurückgewiesene „selbstverständliche stillschweigende Zusage der Fehlerlosigkeit". Neuerdings kommt Crome[30] wieder darauf zurück, der Grund liege darin, daß der Verkäufer zur Erkenntnis der Mängel eher in der Lage sei, als der Käufer, welchem die Sache gänzlich fremd war, daß hier ein „Kennenmüssen des Verkäufers subintelligiert" werde.

Dies ist aber doch nicht einmal der geschichtliche Ausgangspunkt gewesen. Nach römisch-prätorischer Technik hätte ja sonst wohl auch die gesetzliche Fiktion der Kenntnis als bloße Hinzufügung zum Tatbestande näher gelegen. Wenn man von Einzelheiten absieht, wie der Klarstellung, daß auch die Größe des Grundstücks hierher gehöre[31], und daß zum Fehler jetzt nicht mehr nur gehöre, was die Brauchbarkeit der Sache beeinträchtige, sondern auch, was deren Verkaufswert schmälere[32], so ist die ädilizische Haftung aus dem gemeinen Rechte, wie in die anderen modernen Kodifikationen, auch in das Bürgerliche Gesetzbuch ziemlich unverändert übergegangen.

Was aber das römische Recht angeht, so kann es als allgemein anerkannt gelten, daß die ädilizische Haftung nicht als eine „Erweiterung der kontraktlichen Haftung" angesehen werden kann: „Die kontraktliche Haftung anders zu gestalten, sie zu erweitern, lag gar nicht in der Macht der Ädilen. Vermöge ihrer polizeilichen Gewalt schrieben sie vor, daß beim Verkauf gewisse Mängel anzugeben seien, und gewährten für den Fall der Nichterfüllung ihres Gebotes, wenn sich demnächst solche Mängel herausstellten, dem Käufer gewisse Klagen. Diese Klagen erscheinen also als eine Strafe der Außerachtlassung des ädilizischen Gebotes."[33] Überhaupt ist, wie Pernice ausführt[34], „das Edikt der

29) Bernhöft S. 29.

30) Crome, B.G.B. II § 220; vgl. auch Civ. Arch. Bd. 78 S. 138.

31) B.G.B. § 468.

32) Dernburg, B.G.B. II, 2 § 184 I. — Die Unterscheidung ist nach dem Wegfall der nationalökonomischen Einteilung des Wertes in Gebrauchs- und Tauschwert mit Recht fallen gelassen.

33) Karlowa, Röm. R.gesch. II S. 1288 ff.

34) Labeo II, 2 S. 50 ff.

kurulischen Ädilen nur ein Stück der umfassenden polizeilichen Tätigkeit des Kollegiums für den Marktverkehr. Von vornherein darf man annehmen, daß die darin enthaltene Gerichtsbarkeit nur eine Fortsetzung und Fortbildung der Verwaltung ist, wie wir das später bei den kaiserlichen Präfekten wiederfinden."[35] „Aus dem Pönalcharakter erklärt sich auch lediglich, daß völlige Redhibition des Kaufes verlangt werden kann, auch wenn das Interesse des Käufers gar nicht schlechthin darauf geht[36]", und daß bei der actio redhibitoria unter Umständen sogar auf das Doppelte verurteilt wurde.[37] Während aber neuerdings Karlowa wieder die Ansicht vertreten hat, die Ädilen hätten damit den „fallaciae der venditores" entgegentreten wollen, sie hätten „streng durchgreifend irgend welche Verschuldung des Verkäufers vorausgesetzt und im Interesse des Verkehrs nichts von dem der Geriebenheit des Verkäufers durchschnittlich Bahn lassenden Beweise abhängig gemacht"[38], und obschon er sich dabei auf die Autorität Ulpians berufen kann[39], so hat doch Pernice mit Recht darauf hingewiesen, daß erst die späteren römischen Juristen hier diese culpa des Verkäufers zu finden suchten, daß erst sie meinten, der Verkäufer „müsse den Fehler seiner Sache kennen, kenne er ihn nicht, so liege darin ein Mangel an Aufmerksamkeit und Umsicht, also eine Fahrlässigkeit".[40] Für das ältere römische Recht aber liegt, wie Pernice richtig ausführt, höchstens ein Anwendungsfall der dem römischen Rechte wohl bekannten „Haftung ohne Verschulden" vor. Unter dem Titel „Privatvergehen" stellt er die ädilizischen Rechtsmittel zusammen mit den Quasidelikten: „ex posito vel suspenso", „de effusis vel deiectis" und „Halten gefährlicher Tiere", indem er mit diesen ein „Zusammenstimmen im Tone und in der Tendenz" findet.[41]

---

35) Es enthielt noch eine Reihe Bestimmungen von durchaus polizeilichem Ansehen." Pernice a. a. O. — Die ädilizischen Rechtsmittel als „polizeilicher Zwecke halber eingeführt", auch bei Karlowa II S. 627.

36) Karlowa a. a. O. S. 1297.

37) Pernice a. a. O.: „Später haben sie den Pönalcharakter abgestreift und treten als Vertragsklagen auf (l. 23 § 4, 48 § 5 D. 21, 1)."

38) Karlowa a. a. O. S. 1296.

39) Vgl. die berühmte l. 1 § 2 D. hoc tit. (21, 1): Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus venditorem etiamsi ignoravit ea quae aediles praestari jubent, tamen teneri debere, nec est hoc iniquum: potuit ea nota habere venditor: neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.

40) Pernice a. a. O.

41) Auffallend ist allerdings die von Pernice an diese Zusammenstellung geknüpfte allgemeine Betrachtung: „So haben wir hier ganz dieselbe Erscheinung, wie

Jedenfalls liegt nach der Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuchs kein Anlaß vor, hier zunächst eine Fahrlässigkeit des Verkäufers zu unterstellen.[42] Erst bei der weiteren Regelung ist — im Interesse der rechten Mittellinie zwischen den streitenden Parteien — die Entscheidung auf Kenntnis, fahrlässige Unkenntnis und arglistiges Verschweigen abgestellt.[43]

Außerstande zurzeit eine völlig befriedigende Lösung dieses rechtsphilosophischen Problems zu geben, — denn der Hinweis auf den historischen Zusammenhang läßt die beiden Fragen unbeantwortet, wie denn die Ädilen zur Aufstellung ihrer polizeilichen Vorschriften kamen, und inwiefern die daraus entwickelte jetzige Sachmängelhaftung auch für uns noch inhaltlich objektiv richtig ist,[44] — wende ich mich nunmehr zu den Rechtsfolgen des oben über das Verhältnis von Sachmängeln und Nichterfüllung Gesagten.

Der erste Entwurf schrieb in § 367 vor: Hat ein Vertragschließender die ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so kann er auf Grund der Mangelhaftigkeit der Leistung nicht wegen Nichterfüllung des Vertrags die Gegenleistung verweigern, sondern nur noch die ihm sonst zustehenden Ansprüche geltend machen. Nach den Protokollen ist die Kommission für den zweiten Entwurf von folgenden Ansichten ausgegangen: Sei eine gelieferte Spezies zu beanstanden, so entfalle meist die exceptio non adimpleti contractus; an ihre Stelle trete die actio quanti minoris oder redhibitoria. Sei ausnahmsweise der Schuldner zur Verbesserung der gelieferten Spezies verpflichtet [was beim Kaufe von Gesetzes wegen nicht vorkommt], so könne die Versagung

---

bei den Effusa: Der Tatbestand ist so bestimmt, daß in der Handlung selbst die Schuld enthalten ist, daß über die Veranlassung hinaus nichts weiter erfordert wird."

42) Richtig Ehrlich S. 19: „Diese Gewährleistung . . . beruht auf dem Kaufvertrage, nicht etwa auf dem Nachweise oder der Vermutung eines Verschuldens."

43) Beachtenswert ist insbesondere, daß für die zugesicherten Eigenschaften die Haftung eine stärkere ist, nämlich auch bei fahrlässiger Unkenntnis des Käufers Platz greift. — Auch die übrigen Schutzmittel des Verkäufers gegen Chikanen des Käufers gehören hierher, vgl. Emerich S. 59; seine Befugnis, sich über die Mittel, von denen der andere Gebrauch machen will, Gewißheit zu verschaffen, und die kurzen Verjährungsfristen.

44) Vgl. Crome, B.G.B. II § 173: „Trifft der Nachteil doch eine Partei, so ist es gerechter, ihn dem Veräußerer, der die Sache schon besaß, eher zur Last zu legen, als dem Erwerber, dem sie ganz fremd war." Warum aber nicht dem Erwerber, da er die Sache nun einmal jetzt besitzt? — Bechmann, der (Kauf Bd. 1 § 53 S. 411—414) diese Frage eigens behandelt, kommt auf dem Umwege über die angeblich „überlegene Stellung des Verkäufers" doch wieder auf die lex des Ulpian zurück.

der exceptio non adimpleti contractus vielleicht zu Unbilligkeiten führen; aber für diese verhältnismäßig seltenen Fälle sei eine besondere Vorschrift entbehrlich.[45]

Nach meiner Ansicht wird sich die theoretische Antwort lediglich dahin geben lassen: soweit in der Leistung der mangelhaften Sache Nichterfüllung liegt — d. h. soweit besonders zugesicherte[46] oder nach dem Vertrage vorausgesetzte Eigenschaften fehlen —, ist in idealer Konkurrenz mit den ädilizischen Ansprüchen die exceptio non adimpleti contractus gegeben[47], da insoweit ihr Tatbestand vorliegt. Soweit dagegen der Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauche fehlt, konkurriert die exceptio non adimpleti contractus nicht mehr mit.[48]

Die praktische Antwort aber ist allerdings in der mitgeteilten Stelle der Protokolle im wesentlichen richtig skizziert: soweit der Wandlungsanspruch gegeben ist — und er würde in allen Fällen der idealen

---

45) Handele es sich dagegen um Mängel der gelieferten Genussache, so sei zu beachten, daß hier der Entwurf den Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache gewähre, es bestehe umsoweniger Anlaß, dem Gläubiger die Befugnis zu versagen, diesen Umtausch mittels der exceptio zu erzwingen, als in den meisten Fällen dieser Art die Voraussetzungen für das Zurückbehaltungsrecht im Sinne des B.G.B. § 273 zutreffen und auf diesem Wege der gleiche Erfolg eintreten werde, wie bei der Gewährung der exceptio. Prot. I S. 637.

46) So nimmt auch mit vollem Rechte das Reichsgericht (J.W. 1902 Beil. S. 235 Nr. 110) an, daß das Fehlen zugesagter Eigenschaften der gelieferten Ware zur Zurückweisung wegen Nichterfüllung des Vertrages berechtigt (daselbst wird aber sofort wieder an die bloße Nichterfüllung die Schadensersatzfolge angeknüpft, ob in concreto Unmöglichkeit vorlag, läßt die verstümmelte Wiedergabe der Entscheidung nicht erkennen); ebenso R.G. in J.W. 1902 Beil. S. 282 Nr. 235 a. E.

Zu beachten ist hierbei namentlich, daß die Zusicherung auch durch konkludente Handlungen oder Stillschweigen geschehen kann; vgl. insbesondere auch Kipp, „R.G. und positive Vertragsverletzungen" in Jur. Ztg. 1903 S. 255: „Man darf in der Annahme einer stillschweigenden Zusicherung von Eigenschaften nicht allzu ängstlich sein. Wer Fässer verkauft, haftet (auf vollen Schadensersatz), wenn sie nicht heil sind, weil eine so selbstverständliche Eigenschaft als zugesichert gelten muß. Dies wußte schon Labeo (l. 6 § 4 D. 19, 1; l. 19 § 1 D. 19, 2), und das wird auch heute richtig sein" (vgl. auch R.G. Bd. 52 S. 18 ff.). Kaum ganz richtig und darum in der anknüpfenden Polemik verfehlt Staub (Festschrift für den 26. Jur. Tag S. 42), daß bei Lieferung mottiger Pelzware, feuchter Lederwaren, wasserdurchtränkten Teeres keine gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften fehlten. Vgl. andererseits Dernburg, B.G.B. § 184, II: „Ein Fehler ist es nicht, wenn die Sache im übrigen tauglich ist, aber einseitig gehegten und selbst ausgesprochenen Erwartungen des Käufers nicht entspricht; hierin ist nicht eine nach dem Vertrage vorausgesetzte Beschaffenheit zu sehen"; vgl. auch R.G. in Jur. Ztg. 1903 S. 31.

47) Kaum richtig mithin Titze S. 277: „Aus der erschöpfenden Aufzählung der Mängelansprüche im B.G.B. §§ 462, 463 folgt übrigens für die ... Fälle des behebbaren Mangels, daß der Käufer von Gesetzes wegen ... keine exceptio non adimpleti contractus hat." Andererseits Schollmeyer, Einzeldarst. S. 15 f.

48) Der Tatbestand aus B.G.B. § 823 kann selbstverständlich in idealer Konkurrenz vorliegen; vgl. oben § 3 Note 22; vgl. aber auch Kipp in Jur. Ztg. a. a. O. S. 256.

Konkurrenz[49] gegeben sein — tritt die exceptio non adimpleti contractus kaum in die Erscheinung[50], da ja „die allgemeine Folge der vollzogenen Wandlung ist, daß jeder Teil, soweit er noch nicht erfüllt hat, von seiner Verpflichtung befreit wird."[51]

Schwierigkeiten könnten höchstens entstehen, wenn man die wenig glückliche gesetzliche Konstruktion des Wandlungsrechts nach B.G.B. § 465, als eines Anspruchs auf den Konsens des anderen Teiles, bis zu ihren letzten Konsequenzen durchführen wollte. Die Streitfrage, die bereits eingehend an anderen Stellen behandelt worden ist, soll hier nicht nochmals in Breite erörtert werden.[52] Es genügt wohl, darauf hinzuweisen, daß ein solchergestalt erzwungener Kontrakt theoretisch wirklich nur die „Karikatur eines Vertrags" ist, und daß insbesondere, wenn mit der Klage auf die vertragliche Willenserklärung zugleich — wie das für gedeihliche Ergebnisse allerdings unumgänglich sein würde — diejenige auf die Rechtsfolgen dieses Wandlungsvertrags verbunden würde, das praktisch Überflüssige und Abwegige dieser Auffassung nur noch deutlicher hervorgehoben wird.[53]

Daher möchte auch ich die Ansicht vertreten, daß der Bestimmung kein anderer Sinn inne wohne, als vom Zeitpunkte des Einverständnisses des anderen Teiles ab das jus variandi des ädilizisch Berechtigten zu kassieren.

Nur nebenher mag folgendes erwähnt werden: Es hat früher einmal das preußische Obertribunal[54] für die Darlehnskündigung einen

49) Dem B.G.B. § 320 Abs. 2 würde B.G.B. § 459 Abs. 1 S. 2 entsprechen: eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht. — Zu beachten ist aber die kurzfristige Verjährung des Wandlungsanspruches B.G.B. § 477.

50) Die Unanwendbarkeit der Wandlungsvorschriften auf das Recht des Käufers zur Erfüllungsweigerung (R.G. in J.W. 1903 Beil. S. 15) soll mit der Ausführung des Textes nicht bestritten werden. — Ryk, Schv. S. 323 f. sieht in dem einredeweisen Vorbringen des Preisminderungsrechtes die eigentliche exceptio non rite adimpleti contractus, dagegen richtig Petersen S. 52.

51) So Dernburg, B.G.B. II, 2 § 186 III: „namentlich also der Käufer, welcher den Kaufpreis noch nicht berichtigt hat"; natürlich hat auch jeder das, was bereits geleistet ist, zurückzugewähren.

52) Bislang das Beste wohl bei Haymann, „Zur Frage nach der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung des Wandlungsanspruches" in Gruchot Bd. 46 S. 509—549; vgl. auch Matthiaß, Die Wandlung nach B.G.B. in Jur. Ztg. 1902 S. 205—209, 315 f.; Lobe im Sächs. Arch. Bd. 9 S. 104—117; Thiele, Vollziehung der Wandlung und Minderung nach B.G.B. in Civ. Arch. Bd. 93 S. 387; auch Titze S. 28 f., 281.

53) Es mag dahingestellt bleiben, ob zur Ermöglichung einer Festsetzung der Verjährbarkeit der ädilizischen Ansprüche dieser konstruktive Umweg wirklich erforderlich war.

54) Vgl. Entsch. des Ob. Trib. Bd. 7 S. 206; vgl. Immerwahr, Kündigung S. 76.

Anspruch des Gläubigers auf ausdrückliche Annahme der Kündigung durch den Schuldner aufgestellt mit der Motivierung, daß jedem Rechte eine entsprechende Pflicht gegenüberstehe, und daß dem Kündigungsrechte des Gläubigers die Annahmepflicht des Schuldners entspreche. „Hiergegen hat sich aber die herrschende Meinung[55] sofort mit Recht gewendet; denn die dem Rechte entsprechende Pflicht braucht durchaus nicht immer in einer positiven Tätigkeit zu bestehen, sie äußert sich hier in der Verpflichtung des Schuldners, sich die Kündigung gefallen zu lassen."[56]

Will man die Mängelansprüche (soweit in den Mängeln Nichterfüllung liegt) in die im vorvorigen Paragraphen gegebenen Abteilungen einordnen, so gehören sie, insoweit definitive Befreiung eintritt (so z. B. wenn vom Kaufpreise noch nichts geleistet ist), zu den „Rechtsverwirkungen"; in den anderen Fällen (z. B. bei teilweise geschehener Bezahlung) zu den selbständigen Ansprüchen, nämlich hier auf Rückforderung.

Der Anspruch auf mangelfreie Sachen beim Genuskauf macht m. E. für unsere Frage gar keine Schwierigkeiten. Soweit eben in der mangelhaften Lieferung Nichterfüllung vorliegt, ist er weiter nichts, als der auch sonst bei Nichterfüllung noch verbleibende Anspruch auf Erfüllung, der besonders hervorgehoben ist.

Das gleiche muß von seinem Gegenbilde im Rechte des Werkvertrages, dem Nachbesserungsanspruche des B.G.B. § 633 Abs. 2, gelten.[57] Auffällig ist hierbei vielmehr die Einschränkung, daß der Unternehmer berechtigt ist, die Beseitigung zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Soweit durch das mangelhafte Werk der Vertrag noch nicht erfüllt ist, geht also (unter den besonderen Voraussetzungen dieser Bestimmung) der Besteller seines Erfüllungsanspruchs teilweise verlustig. Mit der Feststellung dieser Besonderheit aber soll dieses „Ausnahmegesetz" durchaus nicht als sachlich unrichtig bezeichnet werden. Im Gegenteil erscheint das „unverhältnismäßig" des Sondertatbestandes insofern ganz glücklich, als es eine direkte Anordnung in sich schließt, im Einzelfalle nach richtigem Rechte zu ent-

55) Zitate bei Immerwahr S. 76.

56) Immerwahr a. a. O.

57) Allerdings ist die Vorschrift doppelseitig, auch der Unternehmer kann beanspruchen, die „Mängelbeseitigung bewerkstelligen und dadurch das Werk fehlerfrei stellen zu dürfen". Staudinger II, 2 zu B.G.B. § 633.

scheiden. Wichtig ist hierbei ferner, daß ja auch der Minderungsanspruch des Bestellers eingreift und eine Reduktion seiner Leistungspflicht bewirkt.[58]

Der Mängeltatbestand ist beim Werkvertrag derselbe wie beim Kaufe[59]; insbesondere gilt, trotz des Fehlens einer dem B.G.B. § 459 Abs. 1 Satz 2 entsprechenden ausdrücklichen Vorschrift, auch für unerhebliche Mängel das gleiche wie beim Kaufe.[60] Auch bezüglich der Rechtsfolgen vermag ich außer dem angeführten Nachbesserungsanspruche an Verschiedenheiten nichts zu entdecken. Dernburg[61] und Staudinger[62] behaupten dies.[63] Wenn aber von dem letzteren z. B. geltend gemacht wird, „abgesehen von den allgemeinen Rechtsfolgen der Nichtbefolgung eines Schuldverhältnisses (B.G.B. §§ 320ff.) habe der Besteller noch insbesondere das Recht auf Ablehnung der Abnahme des Werkes nach B.G.B. § 640", so würde dieses doch eine Besonderheit nur für die Fälle bedeuten, in denen bei dem Angebote eines mangelhaften Werkes nicht zugleich Nichterfüllung vorliegen würde.

Die Mängelgewähr des Werkvertrages gilt auch für den Werklieferungsvertrag des B.G.B. § 651.[64]

Ferner bezieht sich die Sachmängelgewähr bekanntlich auch auf „andere Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind" (B.G.B. § 493). So ist beim Vergleich Gewähr zu leisten bezüglich der vergleichsweise hingegebenen Sachen.[65]

Die dabei sich ergebenden Schwierigkeiten liegen jedoch auf tatsächlichem Gebiete; die Durchführung der Wandlung und Minderung ist bei diesen anderen Verträgen mitunter nicht ganz einfach.[66] Ins-

---

58) Staudinger II, 2 zu B.G.B. § 633: „B.G.B. § 633 Abs. 2 heißt nicht: der Besteller muß sich dann den Defekt gefallen lassen, vielmehr treten eben die sonstigen Rechtsfolgen des Mangels ein."

59) Dernburg, B.G.B. II, 2 § 320 I; Staudinger II, 1 zu B.G.B. § 633; vgl. aber § 640 Abs. 2.

60) A. A. Staudinger II, 1 zu § 633; vgl. auch Stölzel, Schulung für die civilistische Praxis Kap. 8.

61) a. a. O.

62) II, 1 und 2 zu B.G.B. § 633.

63) Vgl. Engeling, Worin unterscheidet sich nach B.G.B. die Haftung des Verkäufers und des Unternehmers hinsichtlich der Fehler und Mängel hinsichtlich der Kaufsache und des Werkes? Leipziger Diss. 1902.

64) Vgl. Emerich S. 59; Dernburg, B.G.B. § 325, 2.

65) So neuerdings R.G. Bd. 54 S. 167; vgl. Neumann II zu § 779; Staudinger-Kober II, 2 zu B.G.B. § 779; Mot. II S. 656.

66) Vgl. Bernhöft S. 30.

besondere ist für den Tausch bemerkt worden, daß schon die Herausgabe des Minderungsergebnisses in Geld der Absicht der Tauschenden in den meisten Fällen durchaus widerspreche.[67]

Auch der Vermieter haftet für Mängel der Mietsache (B.G.B. §§ 537, 538).[68] Es wäre jedoch systematisch nicht ganz richtig, diese Fehler- und Mängelhaftung ohne weiteres mit der Kaufmängelgewähr in Parallele zu stellen. Denn diese nimmt, wie gesagt, der Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtung gegenüber im Tatbestande eine besondere Stellung ein. Die Mängelvorschriften des Mietrechtes dagegen knüpfen daran an, daß B.G.B. § 536 eine besondere Vertragspflicht des Vermieters aufstellt, „die vermietete Sache dem Mieter in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen und sie während der Mietszeit in diesem Zustande zu erhalten."[69] Sie bestimmen lediglich, daß in den Fällen, wo sodann — vom Beginne der Überlassung ab[70] — die Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche aufgehoben oder gemindert wird, oder dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil entzogen wird (sei es nun infolge physischen Fehlers[71] der Mietsache oder auch infolge mangelnden Rechtes des Vermieters) oder eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder später wegfällt — also in Fällen, in denen nach der Vertragspflicht des Vermieters die Mängel stets Nichterfüllung darstellen würden —, eine entsprechende Rechtsverwirkung (gänzliche oder teilweise Befreiung des Mieters vom Mietszinse) als Folge eintrete.

Während aber hier die Rechtsverwirkung unter den besonderen Voraussetzungen des B.G.B. § 539, wieder entfällt, ist sie im Falle

---

67) Bernhöft a. a. O. und die „komplizierten Berechnungen Bährs" (Arch. f. prakt. Rw. VII S. 708). — Dies gilt aber nicht nur für den Tauschvertrag sondern für alle Verträge, in denen ein Geldäquivalent fehlt.

68) Nicht aber der erste Fall des B.G.B. § 538: „Ist ein Mangel der im § 537 bezeichneten Art beim Abschlusse des Vertrags vorhanden . . .", denn dieser Tatbestand ist mit der hier zur Erwägung stehenden nachfolgenden Nichterfüllung nicht wohl vergleichbar; im gemeinen Recht war die Haftung für diesen Fall bestritten: l. 19 § 1 D. 19, 2; Mot. II S. 376 konstruieren eine „stillschweigende Garantiepflicht des Vermieters" für die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache; diese sei „analog jener des Verkäufers nach B.G.B. §§ 459 ff. aufzufassen." Es ist aber bereits ausgeführt, daß beim Kaufe eine solche Garantiepflicht nicht besteht. — Vgl. übrigens Staudinger Note II, 1 zu B.G.B. § 538; auch R.O.L.G. Bd. 5 S. 367.

69) Vgl. auch oben § 10 zu B.G.B. § 542. S. 97.

70) „Zur Zeit der Überlassung" oder „entsteht im Laufe der Miete", B.G.B. § 537.

71) Verrufenheit des Hauses als Gewährsfehler bei R.G. in J.W. 1900 S. 539 f., Unzugänglichkeit vermieteter Geschäftsräume R.G. in J.W. 1901 S. 230; Bierumsatz bei Restaurationsmiete R.G. in R.O.L.G. Bd. 5 S. 25.

des B. G. B. § 544 (der gesundheitsschädlichen Wohnung)[72] uneingeschränkt und nur an die weitere Voraussetzung geknüpft, daß die empfangsbedürftige Willenserklärung der Kündigung hinzutritt. Auch ohne die Kündigung würde die Befreiung bereits aus den bisherigen Vorschriften, namentlich B. G. B. § 537 folgen, tritt die Kündigung aber hinzu, so ist die Berufung auf B. G. B. § 539 ausgeschlossen. Daß Gesundheitsschädlichkeit, d. h. Nichtbrauchbarkeit zur Bewohnung oder zum Aufenthalte von Menschen bei einem gerade zur Bewohnung und dem Aufenthalte von Menschen ver- und gemieteten Raume unter die Fehler des B. G. B. § 537, also auch unter vertragliche Nichterfüllung falle, wird sich wohl kaum bezweifeln lassen.[73]

Bestritten ist endlich[74] die Anwendbarkeit der Mängelvorschriften auf die Gesellschaft.[75] Titze behauptet, der Gesellschaftsvertrag sei nicht als ein entgeltlicher Vertrag im Sinne der B. G. B. §§ 445, 493 anzusehen. Doch ist diese Behauptung wohl in allen den Fällen nicht gerechtfertigt[76], in denen Sachen beigetragen werden, damit sie gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen (B. G. B. § 706 Abs. 2).[77] Knoke gibt zwar[78] die Ansprüche auf Wandlung und Minderung, „unter Umständen auch" (nach B. G. B. § 460) auf Schadensersatz; während aber der Minderungsanspruch noch von jedem einzelnen

---

72) Vgl. Schäfer, Bl. f. R.anwendg. 1902 S. 257—265 (an einem praktischen Falle erörtert); Schulzenstein, Die polizeiliche Bedeutung des B. G. B. § 544 in Jur. Ztg. 4. Jahrg. S. 431—433. Vgl. auch R. O. L. G. Bd. 3 S. 380.

73) So auch Staudinger-Kober IV. zu B. G. B. § 544; eod. Note III 2d. eine m. E. nicht ganz richtige Verwendung des Begriffes objektiv als „gegen die allgemeinen wissenschaftlichen Grundsätze der Wohnungshygiene erheblich verstoßend" im Gegensatz zu subjektiv „auch auf die speziellen Verhältnisse des Mieters Rücksicht nehmend": gerade die objektiv begründete Rechtsauffassung wird auf die „speziellen Verhältnisse" besondere Rücksicht zu nehmen haben. — Selbstverständlich fällt das besondere Kündigungsrecht aus B. G. B. § 544 weg, wenn der Mieter die Gesundheitswidrigkeit selbst verschuldet hat. R. G. in J. W. 1902 Beil. S. 235.

74) Vgl. übrigens auch wegen des Ausspielgeschäfts Kisch S. 4, insbes. Note 1a und S. 283 Note 58, sowie Waag, Gewährleistung für Fehler beim Ausspielgeschäft in Iherings Jhb. Bd. 21 S. 393 ff. — Bei der Annahme an Erfüllungsstatt (B. G. B. § 365) findet die Sachmängelhaftung in gleicher Weise wie beim Kaufe statt. (Vgl. oben § 11 Note 1 a. E.)

75) Im römischen und gemeinen Rechte wurden mangels besonderer Vorschriften die ädilizischen Rechtsmittel analog angewandt. Knoke § 18 S. 50.

76) Richtig ist zwar, daß der Gesellschafter stets nur für diligentia quam suis, der Verkäufer aber bei der Gewährleistung strenger als für omnis culpa hafte; die Einbringung von Sachen zu Eigentum soll indessen — das ist ja gerade die Streitfrage — noch nicht unter den spezifischen Haftungsvorschriften der Gesellschaft stehen.

77) So auch Neumann Note 3 zu § 706 und Knoke § 18 S. 50.

78) a. a. O., vgl. auch Staudinger-Kober III c zu B. G. B. § 706 und R. G. Bd. 9 S. 143.

Gesellschafter erhoben werden könne[79], so könne doch der Anspruch auf Wandlung nur gemeinschaftlich geltend gemacht werden. Bei mangelhafter Gattungssache sei überhaupt nur ein Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache gegeben, denn bei der Gesellschaft stehe in erster Linie die Förderung des gemeinschaftlichen Zweckes, diese aber werde bei Wandlung oder Minderung gefährdet. Diese letztere Behauptung erscheint in ihrer Allgemeinheit anfechtbar; man wird es wohl am besten den Gesellschaftern überlassen können, wie sie ihren Gesellschaftszweck verwirklichen.

Andererseits wird als richtig anerkannt werden können, daß der Wandlungsanspruch nur von allen übrigen Mitgesellschaftern gemeinsam wird geltend gemacht werden dürfen. Dies erklärt sich daraus, daß er die völlige Auflösung des Einbringungsvertrages anstrebt, an dem sämtliche übrigen Gesellschafter mitkontrahiert haben.

Zweifelhaft kann sein, ob derartig gemeinsames Auftreten der sämtlichen übrigen Mitgesellschafter auch schon beim Minderungsanspruche verlangt werden muß. Doch wird sich mangels ausdrücklicher Regelung ein gleiches, wie für die Anwendung des Wandlungsanspruches, hier wohl kaum zu völliger Überzeugung begründen lassen.[80] Den Anspruch auf eine mangelfreie Sache kann jeder Mitgesellschafter für sich allein geltend machen.

---

79) Knoke a. a. O.: „Wird die Minderung zwischen ihm und dem Gesellschafter, der die mangelhafte Sache geleistet hat, vollzogen, so sind damit zugleich die den übrigen Gesellschaftern obliegenden Verpflichtungen herabgesetzt."

80) Immerhin wird die Durchführung dieser Ansicht wohl stets tatsächliche Schwierigkeiten hervorrufen. Beispiel: Nach dem Gesellschaftsvertrage soll A sein auf 10000 Mark veranschlagtes Fabrikgebäude, B und C je 10000 Mark in baar einbringen; Gewinn und Verlust sollen in gleiche Drittel verteilt werden. Demnächst stellt sich heraus, daß das Fabrikgebäude nur 6000 Mark wert ist. B mindert, ohne C zu fragen, dem A gegenüber seine Geldverpflichtung auf 6000 Mark. Auf das synallagmatische Verhältnis zwischen A und C und zwischen B und C wirkt diese Minderung an sich noch nicht ein (a. A. Knoke, vgl. die vorige Note). B. bleibt dem C gegenüber und C dem A und dem B gegenüber zur Einbringung der vollen 10000 Mark verpflichtet. Was gilt nun wegen des Gewinnes?

Dritter Teil.

Die Anwendung der Vorschriften über die nachfolgende Unmöglichkeit auf die einzelnen gegenseitigen Schuldverhältnisse.

§ 13. Unmöglichkeit, Sachmängel und „Gefahr".

Bei der Vergleichung der Sachmängelhaftung mit den allgemeinen Vorschriften über Unmöglichkeit der Erfüllung ist davon auszugehen, daß die Unmöglichkeit der Erfüllung ein plus ist gegenüber der bloßen Nichterfüllung, nämlich: Nichterfüllung und die Notwendigkeit, daß auch weiterhin niemals erfüllt werde.

Es haben also auch hier alle Fälle — als nach dem Tatbestande gar nicht vergleichbar — auszuscheiden, in denen die mangelhafte Leistung noch als Erfüllung angesehen werden muß.

Sodann aber ist weiter zu beachten, daß der Tatbestand der mangelhaften Erfüllung sich erst dann mit dem einer Unmöglichkeit der Erfüllung vergleichen läßt, wenn feststeht, daß der Mangel sich nicht wird beseitigen lassen, daß also gerade die Beseitigung des Mangels unmöglich ist.

Das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch bestimmte mit Rücksicht auf diesen Fall:

(§ 932.) „Ist der die Gewährleistung begründende Mangel von der Art, daß er nicht mehr gehoben werden kann, und daß er den ordentlichen Gebrauch der Sache verhindert, so kann der Verkürzte die gänzliche Aufhebung des Vertrags, wenn hingegen sich das Fehlende z. B. an Maß oder Gewicht nachtragen läßt, nur diesen Nachtrag, in beiden Fällen aber auch den Ersatz des weiteren Schadens und, dafern der andere Teil unredlich gehandelt hat, auch den entgangenen Nutzen fordern."

Unser deutsches Bürgerliches Gesetzbuch dagegen nimmt auf diesen Fall der Unbehebbarkeit des Mangels überhaupt keine besondere Rücksicht, sondern trifft die Regelung lediglich von dem abweichenden Gesichtspunkte des bloßen Mangels aus.

Ob im Rechtsverkehr, wie behauptet worden ist, diejenigen Fälle die Regel bilden[1], in denen der Mangel unbehebbar ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist es merkwürdig, daß der Tatbestand der mangelhaften Leistung, trotzdem er an sich noch keine Vergleichungspunkte mit der Unmöglichkeit der Leistung bietet, so oft ausschließlich mit der Unmöglichkeit verglichen worden ist. Es liegt die Vermutung nahe, daß auch hier von einiger Gleichheit der Rechtsfolgen her die Vergleichung unternommen worden ist. In der Tat gehen diejenigen Rechtslehrer, welche eine nur „teilweise" Anwendbarkeit der allgemeinen Regelung befürworten[2], in ihrer Ansicht zumeist dahin, daß eliminiert seien durch das Wandlungsrecht: das Rücktrittsrecht und die Leistungsbefreiung des B.G.B. § 323[3], und zwar deshalb, weil sie dem Käufer dieselbe Position schafften und auf denselben Zweck gingen. Von anderer Seite[4] ist noch darauf hingewiesen, daß, wenn sich mit den speziellen Mitteln die Beseitigung des durch die mangelhafte Lieferung entstandenen Nachteils „im wesentlichen" in gleicher Weise erreichen ließe, damit erwiesen sei, daß hier das Gesetz das allgemeine Rechtsmittel [besser Rechtsfolge] zur Anwendung beim Kauf für nicht geeignet gehalten und daher durch ein besonderes, gleichen Zwecken dienendes ersetzt habe.

Demgegenüber aber möchte ich daran festhalten, daß diese Argumentation höchstens dann zulässig wäre, wenn der frühere allgemeinere Tatbestand in dem späteren restlos wiederholt erschiene. Das ist aber gerade, wie gesagt, bei Unmöglichkeit der Leistung und Mängelhaftung nicht der Fall. Im Gegenteil ist hier die gesetzliche Regelung von ganz verschiedenen Gesichtspunkten aus unternommen, und wenn nun in einem besonderen konkreten Tatbestand eines Einzelfalles sich beide gesetzliche Tatbestände wiederfinden, so liegt eben eine Idealkonkurrenz vor, und zwar, wie eingangs ausgeführt[5], im Zivilrechte mit der Wirkung, daß, falls ein anderes nicht bestimmt ist, prinzipiell sämtliche Rechtsfolgen anwendbar erscheinen.

Abzulehnen ist daher auch der Standpunkt, der jede Anwendung der allgemeinen Regelung hier ausgeschlossen sehen will, mit der Begründung: Die Regelung der Mängelhaftung im Gesetzbuche sei derartig

1) Vgl. Kalthoff a. a. O. S. 45.
2) Vgl. Planck zu § 459 Ia, § 480, 3; Dernburg, B.G.B. II, 2 S. 55; Emerich S. 69 Kisch S. 194f.; Ortmann § 463, 1 u. 2b; vgl. Kloß, Sächs. Arch. Bd. 9 S. 290ff.
3) So auch Kalthoff S. 47.
4) Knott S. 80.
5) Vgl. oben § 3.

ausführlich, daß sie als vollständig angesehen werden müsse.[6] Beizutreten ist vielmehr der Ansicht: Alle Unmöglichkeitsbestimmungen — besser vielleicht Unmöglichkeitsfolgen — konkurrieren bei nachträglich eintretenden unbehebbaren Sachmängeln in vollem Umfange mit den besonderen Vorschriften der B.G.B. §§ 459 ff.[7].

Zu beachten ist aber, daß der unbehebbare Mangel entstanden sein muß in der Zeit nach dem Vertragsschlusse, und daß hierzu für die Vergleichung mit B.G.B. § 323 weiter hinzutreten muß, daß er entstanden ist vor dem Gefahrübergange.[8] B.G.B. § 446 bestimmt bekanntlich: „Mit der Übergabe der verkauften Sache (beziehungsweise mit der Eintragung des Käufers eines Grundstücks als Eigentümer) geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über."

Diese Bestimmung interessiert die Litteratur zumeist um deswillen[9], weil sie die Abweichung des auffälligen und eigentlich gar nicht zu rechtfertigenden[10] römischen Satzes periculum est emtoris[11] darstellt. Sie kommt aber für uns namentlich wegen der Verwendung des terminus technicus „Gefahr" in Betracht.

Freilich führt es m. E. nicht viel weiter, die Gefahr dahin zu definieren: „Periculum im juristischen Sinne ist die wirtschaftliche Gefahr in ihrer rechtlichen Beziehung auf das Vermögen einer bestimmten Person."[12] Auch kann Endemann[13] nicht ganz recht gegeben werden, wenn er ausführt: „Die Gefahr ist ein Unterbegriff der vollen oder teilweisen nachträglichen Unmöglichkeit, angewandt auf die Beurteilung, ob der hieraus entstandene Schaden bei gegenseitigen Verträgen den Gläubiger oder den Schuldner dieser Leistung treffe."—

Der § 368 des ersten Entwurfs, dessen erster Absatz die dem B.G.B. § 323 entsprechende Bestimmung enthielt, sollte[14] die Fassung

6) Vgl. Titze S. 277 Note 45; Eccius bei Gruchot 43 S. 206 f. Dagegen Knott S. 79 ff., insbesondere S. 82.

7) Windscheid-Kipp II S. 655 β. γ.

8) Knott S. 21.

9) Daß Gefahrübergang und Gewährleistungspflicht gar nichts miteinander zu tun haben", Ehrlich S. 41; Schollmeyer, Einzeldarst. S. 14.

10) Für das römische Prinzip wohl nur Bernhöft § 5.

11) D. h. schon vom Vertragsschlusse ab. — Die römische Regel jetzt noch beim Erbschaftskauf, § 2380 B.G.B.; vgl. auch § 2375 Abs. 2 und die Erklärung bei Endemann I § 159a Note 31.

12) Hofmann, Über das Periculum beim Kaufe (1870) S. 1; vgl. übrigens auch Heiliger, Die Tragung der Gefahr bei gegenseitigen Verträgen, Erlanger Diss. 1899.

13) Endemann, B.G.B. § 159a Note 21.

14) Protokolle Bd. I S. 638.

erhalten: „Bei einem gegenseitigen Vertrag trägt der Schuldner bis zur Bewirkung der ihm obliegenden Leistung die Gefahr der zufälligen Unmöglichkeit der Leistung. Im Falle gänzlicher Unmöglichkeit hat er kein Recht auf die Gegenleistung usw."[15] Die Redaktionskommission hat hernach den ersten Halbsatz weggelassen, und § 274 des zweiten Entwurfs beginnt: „Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines weder von ihm, noch von dem anderen Teile zu vertretenden Umstandes unmöglich, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung."

Die Kommission ist sich offenbar darüber klar geworden, daß mit dem Worte „Gefahr" an sich nichts gesagt sei[16], daß es Aufgabe einer Kodifikation sei, von sich aus selbständig Tatbestände und Rechtsfolgen festzustellen, nicht aber auf Kunstausdrücke bisheriger Rechtswissenschaft sich zurückzuziehen. Wie aber der „Mangel im Recht" an einigen Stellen doch wieder stehen geblieben ist, so ist es auch der „Gefahr" ergangen. Während sie bei der allgemeinen Regelung ausgeschaltet ist, ist sie doch bei den Kaufvorschriften wieder erschienen. Denn daß hier im wesentlichen nichts anderes gemeint sein solle, zeigen u. a. die Motive[17] in der Ausführung zu § 368 des ersten Entwurfs: „Die Vorschrift beruht auf dem vom Entwurfe angenommenen Grundsatze, daß bei allen gegenseitigen Verträgen der Schuldner bis zur Erfüllung die Gefahr zu tragen habe. In § 463 [das ist der jetzige B.G.B. § 446] ist dieses Prinzip für den Kaufvertrag besonders ausgesprochen."

Wenn Endemann ausführt:[18] „Allgemein läßt sich sagen, wer bei gegenseitigen Verträgen die Gefahr trägt, verliert damit den eigenen Leistungsanspruch, muß aber selbst seiner Leistungspflicht genügen", so kommt diesem Satze nur die Bedeutung einer Erläuterung der in dem Worte „Gefahr" zusammengefaßten Rechtsfolgen. zu.

Aber auch der Tatbestand, den diese Rechtsfolgen voraussetzen, war früher im Worte periculum zuweilen zusammengefaßt.[19] Jetzt ist er in B.G.B. § 446 mit zum Ausdruck gekommen: „zufälliger Unter-

15) Wie jetzt § 323 B.G.B.

16) Vgl. Bernhöft S. 44; vgl. übrigens oben § 3 Note 6 (S. 20).

17) Bd. II S. 205.

18) B.G.B. § 115 Note 9.

19) Vgl. Hofmann S. 3: „Periculum bedeutet immer nur die Gefahr eines zufälligen Schadens; wo ein Schaden durch Verschulden einer der Parteien eintritt, sprechen wir nicht mehr von periculum im technischen Sinne, l. 16 D. 18, 6; § 3 I. 3, 23."

gang oder zufällige Verschlechterung der verkauften Sache".[20] „Zufällig" ist gleich „weder vom einen noch vom anderen Teile zu vertreten" in § 323 B.G.B. „Untergang" bewirkt stets Unmöglichkeit der Leistung, „Verschlechterung" an sich zunächst nur einen Mangel, der aber nach dem im vorigen Paragraphen Ausgeführten unter Umständen Nichterfüllung darstellen, also auch zur Unmöglichkeit führen kann.

Und gerade wegen dieses Vorkommens der Unmöglichkeit im Tatbestande des B.G.B. § 446 enthält er eine Abweichung vom B.G.B. § 323, da beim Grundstücksverkauf[21] weder allein durch die Übergabe, noch allein durch die Eintragung die dem Verkäufer obliegende Leistung — Eigentumsverschaffung — erfüllt wird;[22] eine Abweichung, deren Erfolg Endemann gut als eine Erleichterung für den Verkäufer bezeichnet hat;[23] die aber — wenn sie auch an die preußische Praxis anknüpft[24] — des Nachweises ihrer Richtigkeit der allgemeinen Regel gegenüber besonders bedarf.

War schon der preußischen Praxis gegenüber von Dernburg darauf aufmerksam gemacht, daß die „Eintragung" in diesem Zusammenhange ein mißlicher Zeitpunkt sei, ein Zeitpunkt, von dem die Parteien nichts wissen, und der sich möglicherweise, ohne daß sie darauf einwirken können, längere Zeit hinausschiebt[25], so scheint mir doch hier das Prinzip nicht zu helfen, welches sich für die Anknüpfung des Gefahrüberganges an den Zeitpunkt der „Übergabe" geltend machen ließe: daß von da ab der Käufer in die Möglichkeit, der Verkäufer aber in die Unmöglichkeit der Überwachung gesetzt sei.

---

20) Vgl. Kisch S. 45 Endemann; § 159a, 4b; Dernburg, B.G.B. § 174 I; Titze S. 263; Riezler S. 142 vgl. auch eod. S. 43 „Gefahr ist die Möglichkeit zufälligen Untergangs oder zufälliger Unausführbarkeit, die Möglichkeit des casus."

21) Beim Mobilienkauf kann Titze recht gegeben werden, wenn er S. 255 im § 446 nur eine Konkretisierung der Vorschrift des § 323 sieht, denn der Verkäufer, der dem Käufer die verkaufte bewegliche Sache übergeben hat, hat ihm in der Regel Eigentum und Besitz an ihr verschafft, ist also seinen kaufrechtlichen Verbindlichkeiten vollständig nachgekommen.

22) Vgl. Ehrlich S. 380.

23) Vgl. auch Endemann B.G.B. § 159a bei Note 19: „Sinn und Ziel der gesetzlichen Ordnung der Gefahrtragung beim Kauf sind darauf gerichtet; die Leistungspflicht des Verkäufers soll kraft Gesetzes enger begrenzt werden, sodaß bereits das Bewirken der einen oder der anderen Hauptverpflichtung ihm als volle Vertragserfüllung angerechnet wird, und die Pflicht des Käufers für Kaufpreiszahlung endgültig auslöst. Eod. Note 22 — nämlich der Übergabe oder Eigentumsverschaffung. Auf die gesetzlichen Nebenverpflichtungen (z. B. B.G.B. § 444) kommt es hier nicht an, denn die Unmöglichkeit ihrer Erfüllung kann weder Untergang noch Verschlechterung herbeiführen."

24) Vgl. Dernburg B.G.B. § 174, II.

25) Vgl. Dernburg preuß. priv. R. (5 Aufl.) I § 242 Anm. 8; II § 138 Anm. 9; B.G.B. Bd. III (1898) S. 256; Ehrlich S. 39 Note 4.

Auch scheint es mir zur Erledigung der Frage nicht zu genügen, darauf hinzuweisen[26]: „ein vorsichtiger Käufer wird nicht leicht in die Eintragung willigen, bevor er in den Stand gesetzt ist, die Sache zu überwachen." Wollte man aber auch hier die Regel anwenden „casum sentit dominus" als einen der „natürlichen" Rechtssätze[27], so stimmt wieder die Anknüpfung des Gefahrüberganges an die Übergabe nicht; denn es wird mit Recht darauf aufmerksam gemacht[28], es ziehe „keinesfalls sonst die obligatorische Pflicht zur Überwachung einer fremden Sache die Haftung für den Zufall ohne weiteres (ohne besonderes Garantieversprechen) nach sich; die bloße Möglichkeit sollte es noch viel weniger tun". Und es spricht kaum zugunsten der ergänzenden Gesetzesregelung, wenn ein augenscheinlich in der Abfassung von Verträgen gewandter Praktiker[29] empfiehlt: „vertragsmäßig den Übergang der Gefahr auf den Käufer an die Eintragung seines Eigentums im Grundbuche zu knüpfen, auch wenn die Übergabe der Auflassung vorausgehe."

Nach meiner Ansicht lag kein Grund vor, vom Prinzip des B. G. B. § 323 hier in dieser Weise abzuweichen.[30]

Wenn Martinius behauptet[31], bei bloßer Regelung nach B. G. B. §§ 323, 433 wären Zweifel nicht ausgeschlossen, wenn die Übergabe der beweglichen Sache bloß Besitz (nicht zugleich Eigentum) gewährt habe, und sodann die Kaufsache zufällig untergehe, so möchte ich dagegen bemerken: Es kann doch kaum ein Zweifel sein, daß noch nicht erfüllt war. Wenn Titze[32] ausführt, auch B. G. B. § 446 schlage nur insoweit durch, als der Verkäufer mit der Übergabe die ihm aus dem Kaufgeschäfte erwachsenen Verpflichtungen wirklich erfüllt habe, also nicht, wenn mit der Übergabe nicht Eigentum verschafft sei, oder die Sache mangelhaft gewesen sei[33], so möchte ich ihm einwenden, daß B. G. B. § 446 Abs. 1 und 2 gerade die Möglichkeit der Übergabe eines Grundstücks vor Eintragung des Erwerbers voraussehen und auch in diesem Falle, wo in der Übergabe Eigentumsverschaffung gar nicht liegen kann,

26) Schreier S. 28.
27) Martinius in Bürg. Arch. Bd. 17 S. 62.
28) Eod.
29) Justizrat Dr. Martinius in Erfurt, Bürg. Arch. Bd. 17 S. 65.
30) Die Ordnung der Materie „kaum als wohlgelungen" bei Martinius a. a. O. Vgl. auch Dernburg, B. G. B. § 174, II.
31) a. a. O. S. 5.
32) S. 256 Note 2 (arg. § 440 Abs. 2 a. E. und § 467 in Verbindung mit § 350 B. G. B.).
33) Vgl. auch Endemann § 159a, 4, b.

den Gefahrübergang an die bloße Übergabe knüpfen. Dagegen ist — mangels abweichender anderer Bestimmungen — den Übergabesurrogaten die gleiche Wirkung zuzuerkennen, wie der Übergabe i. e. S.[34]

Beim Werkvertrage[35] ist für den Regelfall der Zeitpunkt der Abnahme des Werkes derjenige des Gefahrüberganges. Wenn das Werk schon vor dem Beginn seiner Herstellung unmöglich wird, so folgt die Befreiung ohne weiteres aus B. G. B. § 323.[36] Nach dem Begriffe des Werkvertrages hätte man vielleicht zweifeln können[37], ob mangels der besonderen Vorschrift des B. G. B. § 644, der übrigens wohl nur im ersten Satze des ersten Absatzes und im zweiten Absatze etwas Neues sagen würde[38], die Gefahr schon mit der Vollendung des Werkes, so daß das fertiggestellte auf Gefahr des Bestellers stünde, oder erst mit der Abnahme dieses Werkes durch den Besteller auf diesen übergehe. Aber, wie mir scheint, ist auch dieser Zweifel nicht ganz gerechtfertigt. Denn — abgesehen von dem Falle, wo nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist (für welche auch B. G. B. § 646 die Vollendung

---

34) So auch Titze S. 256: „Übergabe" des § 446 umfaßt auch die Besitzübertragung nach § 854 Abs. 2 wie brevi manu traditio des § 929 Satz 2 mit; auch den Übergabeersatz nach §§ 930 und 931 (S. 257), „da der Käufer freiwillig mit mit solcher „Übergabe" einverstanden war."

35) Über Haftung für Mängel und Unmöglichkeit beim Werkvertrage vgl. Titze S. 303. — Örtmann, Zufall bei Werkverdingung in Grünhuts Ztschr. Bd. 24 S. 1 bis 70. Der Zufall beim Werkvertrag ist ein beliebter Gegenstand für Dissertationen vgl. Paszotta, Rechtl. Behandlung des Zufalls bei der Werkverdingung, Greifsw. Diss. 1889; Schmauser, Lehre vom Zufall bei Werkverdingung nach gem. R. Erl. Diss. 1891; Homann, Zufall bei Werkv. nach gem. R. Greifsw. Diss., 1892; Probst, Rechtl. Behandlung des casus bei loc. cond. operis nach gem. R. und B. G. B. Erl. Diss. 1897; Ury, Gefahrstragung bei loc. cond. operis nach gem. R. Erl. Diss. 1897; Keutenich, Rechtl. Beh. des Zufalls beim Werkvertrag nach B. G. B. Erl. Diss. 1898; Schmahl, Rechtl. Beh. des Zufalls beim Werkvertrage nach gem. R. und B. G. B. Erl. Diss. 1898; Böninger, Unterschiede zwischen den Lehren von der Gefahrtragung beim Werkvertr. des gem. und bürg. R. Leipz. Diss. 1902; Bredt, Gefahrtragung beim Werkvertrag nach röm. R. und bürg. R. Leipz. Diss. 1902; Frisch, Ansprüche auf Wandlung und Minderung beim Werkvertrag nach B. G. B. mit Rücksicht auf das gem. und preuß. R. Rost. Diss. 1902.

36) Vgl. übrigens Dernburg, B. G. B. § 318 Note 3: „Tritt Unmöglichkeit der Herstellung des Werkes vor dessen Inangriffnahme durch Zufall ein, welchen keiner der Beteiligten zu vertreten hat, so verbleibt es bei § 323. Der Besteller erhält also das Werk nicht, der Unternehmer keine Vergütung; vgl. Örtmann Komm. zu § 644 ff.: „Keineswegs hat der Satz den Sinn, daß der Unternehmer dem Besteller etwas wegen widrigen Zufalls zu leisten hat"; vgl. auch Crome II § 268.

37) Vgl. Schreier S. 32; Riezler S. 143.

38) Abs. 1 Satz 2 folgt schon aus den allgemeinen Vorschriften über Schuldnerverzug (B. G. B. § 287 Satz 2) und Abs. 1 Satz 3 ist nur eine Sonderanwendung des allgemeinen Satzes, daß der Eigentümer den Schaden trage; so auch Emerich S. 48; vgl. § 324 Abs. 2 und §§ 293—304; bes. § 300 Abs. 2.

des Werkes setzt)[39] — befreit sich erst durch das reale Angebot des ordnungsmäßig fertiggestellten Werkes zur Abnahme der Unternehmer von der ihm obliegenden Leistungspflicht.

So war auch wohl die Regelung im römischen Rechte. Freilich wird aus den Quellen zugleich eine Ansicht herausgelesen, die ich nicht zu teilen vermag, nämlich daß die Abnahme nicht allein die faktische Gewahrsamsübertragung bedeute, sondern die Übernahme des Werkes mit dessen Billigung, seine Annahme als Erfüllung.[40] Es liegt meines Erachtens kein Grund vor, von dieser unkontrollierbaren inneren Handlung des Bestellers die rechtlich verschiedene Situation abhängig zu machen.[41]

Ein Werk, dessen Lieferung Nichterfüllung darstellt, darf der Besteller ohne jede für ihn schädliche Rechtsfolge zurückweisen. Sonach finde ich in der Bestimmung des B. G. B. § 644 Abs. 1 Satz 1, soweit er hier interessiert, d. h. soweit sein Tatbestand mit dem der nachfolgenden Unmöglichkeit des B. G. B. § 323 überhaupt konkurriert, nichts als eine besondere Hervorhebung und Einschärfung der allgemeinen Bestimmung des B. G. B. § 323.[42] Diese Hervorhebung kann jedoch um so weniger überflüssig erscheinen, als ja noch im jüngsten gemeinen Rechte[43] die Forderung aufgestellt ist, es solle unterschieden werden zwischen den Gefahren, welche der Sphäre des Unternehmers und denen, welche der Sphäre des Bestellers angehörten. Die letzteren derart dem Unternehmer aufbürden, daß er sodann jeden Anspruch auf Arbeitslohn und Auslagenersatz verliere, sei eine Ungerechtigkeit. Ich vermag diesen Standpunkt nicht zu teilen, da ja der Unternehmer sich zur Erfolgshaftung ausdrücklich erboten hat.[44] Etwas anderes ist es natürlich, und insoweit ist der B. G. B. § 323 beim Werkvertrag teilweise abgeändert, im Falle des B. G. B. § 645 Abs. 1, wenn das Werk vor der Abnahme infolge des vom Besteller gelieferten Stoffes oder der vom Besteller erteilten Ausführungsanweisung, und zwar auch wieder „zufällig", untergegangen oder unausführbar geworden ist. Insoweit ist

39) Vgl. Emerich S. 35.

40) So Crome II § 268 III 1; ebenso Kisch S. 69.

41) Gegen dieses Tatbestandserfordernis auch Titze S. 299; Dernburg, B. G. B. § 318 II; Jacobi S. 278—280; Löning, Hdw. der Staatsw. s. v. Werkvertrag. Vgl. namentlich auch Lehmann, Jur. Ztg. 1902 S. 491 ff.

42) So auch Schmahl a. a. O. S. 22 f.

43) Strohal in Iherings Jhb. Bd. 33 S. 384 ff. Der Satz wird auch von Örtmann bei Grünhut Bd. 24 S. 68 verteidigt. Vgl. Dernburg, B. G. B. § 318 Note 4; auch Kisch S. 47; Schmahl S. 22 f. Riezler S. 143 hält Regelung in Örtmanns Sinne für wünschenswert.

44) Vgl. auch Titze S. 301.

der Gedanke Strohals vom „Zufall in der Sphäre des Bestellers" vom Bürgerlichen Gesetzbuche aufgenommen und konkretisiert worden.[45] Jedoch vermisse ich jede Anlehnung dafür, daß in dem Falle, wo der „Zufall" von „dritter Seite" kommt[46], der Unternehmer aber weiter leisten kann, ein Anspruch auf entsprechenden Arbeitslohn und Auslagenersatz gegeben sein soll. Wenn Crome dies damit begründet[47]: Nach dem Vertrage sei anzunehmen, der Besteller wolle sich so behandeln lassen, wie wenn er selbst die Arbeit sistierte, so erscheint mir diese Vertragsauslegung nicht unbedenklich. Der Arbeiter ist seines Lohnes wert;[48] wer den Lohn aber in jedem Falle — oder doch wenigstens vom Arbeitserfolg unabhängig — bekommen will, muß Dienstverträge, nicht Werkverträge abschließen![49]

Eine Abänderung des B. G. B. § 323 liegt ebenso wie beim Kaufe in dem auf den Kaufparagraph (§ 447) verweisenden Abs. 2 des B. G. B. § 644 für den Fall, daß das Werk vom Unternehmer auf Verlangen des Bestellers nach einem andern Orte als dem Erfüllungsorte versendet wird.[50]

§ 14. B. G. B. § 323 in den einzelnen Schuldverhältnissen.

Außer der Einordnung der im vorigen Paragraphen erörterten Bestimmungen über die Gefahr soll die Anwendung des B. G. B. § 323 auf die einzelnen Verträge regelmäßig keine Schwierigkeiten machen. Jedoch ist das auch für die wichtigsten bisher noch nicht erörterten gegenseitigen Verträge des Bürgerlichen Gesetzbuchs, den Dienstvertrag, Mietvertrag und den Gesellschaftsvertrag m. E. nicht der Fall.[1]

---

45) So richtig auch Titze S. 301: „Den ihm in § 645 Abs. 1 verliehenen Anspruch auf einen Teil des vereinbarten Entgeltes vermag der Unternehmer nicht aus § 324 abzuleiten. Denn es handelt sich in den in § 645 aufgezählten Fällen nicht um eine vom Besteller zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung". Ebenso Crome II § 268, vgl. übrigens Abs. 2 und Titze a. a. O. Note 4.

46) Vgl. Cromes Beispiele II § 268 Note 43: „eine Straßendekoration oder ein Denkmal für die Märzgefallenen wird während der Arbeit verboten."

47) Crome II § 268.

48) Dernburg B. G. B. § 318.

49) Vgl. übrigens auch Staudinger Note 3 zu B. G. B. § 632, daß der Unternehmer eine „Gefahr" auch insofern trägt, als er eine Preiserhöhung deshalb, weil eine Steigerung der Löhne oder des Materialpreises eingetreten sei, nicht erlangen kann. Die Gesetzesregelung wird getadelt bei Riezler S. 149.

50) Hierzu vgl. Riezler S. 146. — Zur Frage des Gefahrübergangs bei Einbringung von Sachen zu Eigentum in eine Gesellschaft vgl. Staudinger-Kober Note IIIc zu B. G. B. § 706; für das frühere Recht Knoke S. 45.

1) Bernhöft S. 44 weist darauf hin, § 323 Abs. I a. E. führe für den Tausch zu seltsamen Ergebnissen: „Jemand vertauscht eine Jagdflinte gegen zwei Jagdhunde, einer der Jagdhunde krepiert: Muß er die ideelle Hälfte der Flinte geben und dann

Dernburg beginnt die Erörterung über die Gefahr beim Dienstvertrag[2] mit den Sätzen:[3] „Für die Gefahr sind im allgemeinen die B.G.B. §§ 323—325 maßgebend". Hieraus ergibt sich: „Macht ein reiner Zufall die weitere Dienstleistung völlig unmöglich, so verfällt weitere Vergütung nicht, auch dann nicht, wenn der Dienstvertrag auf eine längere Zeit geschlossen war." Ebenso erklärt Crome für diese Fälle:[4] „Hier muß es bei der Regel bleiben. Hat also die Dienstleistung noch gar nicht begonnen, so tritt beiderseits Befreiung ein; hat sie zum Teil stattgefunden, so hat der Dienstschuldner wenigstens für den geleisteten Teil Vergütung zu beanspruchen."

Während aber der erstere[5] die Regel auch noch in dem Falle zur Anwendung gebracht wissen will, daß der Zufall in der Person des Dienstberechtigten eintrete, will hier der letztere[6] stets nur von einem Annahmeverzug des Dienstherrn reden, ihn also von der Lohnleistung nicht befreit wissen; und zwar nicht nur dann, wenn die Leistung noch bewirkt werden könne (wenn also z. B. der Dienstherr des Kammerdieners stirbt), sondern auch, wenn dies nicht der Fall sei (z. B. wenn dem Lehrer der Schüler stirbt). Dernburg aber argumentiert richtig: Es liegt Unmöglichkeit vor, einen Toten kann man nichts lehren. Zweifelhafter sind andere Fälle[7], wie z. B. das Abbrennen der Fabrik. Hier wird man vielleicht noch von Annahmeverzug des Fabrikherrn reden und ihn zur Weiterzahlung der Löhne verpflichtet halten können. Insoweit aber liegt nicht etwa eine Ausnahme von B.G.B. § 323 vor, sondern in concreto eine Ablehnung seines Tatbestandsmerkmals Unmöglichkeit.

Wohl aber liegt beim Dienstvertrag eine Ausnahme von B.G.B. § 323 vor, wenn der Zufall in der Person des Dienstverpflichteten

---

mit der Teilungsklage Auseinandersetzung herbeiführen? Kein Laie wird zweifelhaft sein, daß, wenn die Gefahr überhaupt erst mit der Erfüllung übergehen sollte, der ganze Vertrag aufgehoben werden muß."

2) Vgl. übrigens auch Cuno, Unmöglichkeit der Erfüllung des Dienstvertrages. Gewerbegericht 1900 Sp. 265—267; auch Hachmeister, Gefahrtragung bei der Arbeitsmiete. Göttinger Diss. 1887; Haeselich, „Wer trägt die Gefahr des Zufalls bei Verträgen über zu leistende Dienste. Rostocker Diss. 1898.

3) Dernburg B.G.B. § 305 II.

4) Crome gibt die Beispiele „Eine öffentliche Schaustellung wird polizeilich verboten, oder die weitere Fabrikation von Explosivstoffen wird untersagt." II § 259 II, 2.

5) a. a. O. Ib.

6) a. a. O. Note I.

7) Auch in den Spezialschriften über die Unmöglichkeit von Titze, Kleineidam und Kisch spielt dies Problem eine große Rolle.

eintritt.[8] Bekanntlich wird nach dem „sozialpolitischen" B.G.B. § 616 „der zur Dienstleistung Verpflichtete des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird."[9] Er muß sich eben nur „den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt."

Da man geneigt ist, in dieser Bestimmung einen Fortschritt neuzeitlicher Rechtsanschauung zu sehen[10], ist es ganz interessant, daß in fast völliger Übereinstimmung in der Sache derselbe Gedanke schon früher vertreten worden ist. Glück führt aus[11]: „Wenn derjenige, der seine Dienste vermietet hatte, durch Krankheit oder einen anderen Unglücksfall gehindert wird, die versprochenen Dienste zu leisten, so kann er nur nach Verhältnis dessen, was er gearbeitet hat, den bedungenen Lohn fordern, und hat er noch gar keine Dienste geleistet, so fällt die Verbindlichkeit, den versprochenen Lohn zu zahlen, auf Seiten des Conductoris ganz fort. l. 15 § 5 D. loc. cond. Voet in Com. ad Pand. Lib. XIX Tit. II. § 27 ... Es wird indessen, wie Herr Prof. Weber in der systematischen Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit § 102 S. 484 sehr richtig bemerkt, ein solcher Fall vorausgesetzt, da die Krankheit des Bedienten so anhaltend ist, daß der Dienstherr eine beträchtliche Zeit hindurch oder gänzlich der Dienste hat entbehren müssen. Denn einer jeden nicht lange dauernden Behinderung wegen sogleich den Lohn zu kürzen, würde nicht nur hart, sondern den Gesetzen selbst zuwider sein."[12]

Es ist nicht meine Aufgabe, die vielfachen Kontroversen, die sich an diesen Paragraphen insbesondere an das Tatbestandsmerkmal des „ver-

8) Vgl. hierzu Staudinger Note I zu B.G.B. § 615. — Nur wird a. a. O. B.G.B. § 615 an derselben Stelle systematisch eingeordnet wie § 616.

9) Vgl. zu § 616: v. Blume, Die vorübergehende Verhinderung des zu Dienstleistung Verpflichteten (Recht 1902 S. 6—9); Hilse, Zur Auslegung des § 616 (Recht 1902 S. 69); Weber, § 616 B.G.B. (Jur. Ztg. 1902 S. 199). Frankenberg-Ludwigsdorf, „Die Lohnzahlung bei vorübergehender Arbeitsbehinderung nach § 616 B.G.B." Gewerbegericht 4. Jhg. (99) Sp. 77—79, 101—103.

10) Vgl. Cosack I § 144 I 2b: „Die Regel ist eine wichtige Neuerung des B.G.B., bisher galt sie nur für Handlungs- und höhere Gewerbegehilfen mit Besonderheiten, die allerdings jetzt auch noch fortbestehen", a.H.G.B. Art. 60, Gew.O. § 133c.

11) B. IV S. 371.

12) Die angezogene l. 27. pr. D. loc. cond. bezieht sich zwar zunächst nur auf die Sachmiete; gute Beispiele dazu in der glossa Habitatores. — Vgl. ferner über das ältere Recht l. 19 § 9, 10; l. 38, pr. D. 19, 2; A.L.R. §§ 1408f. I, 5; § 878 I, 11 Sächs. Ges. B. § 1235, 870, 1239; Mot. II 462. —

hältnismäßig nicht erheblichen", das ja auch nur im Sinne des richtigen Rechtes aufzufassen ist, geknüpft haben, an dieser Stelle zu behandeln. Im Sinne des B.G.B. § 323 würde jedenfalls die zeitweise Verhinderung an der Dienstleistung eine teilweise Unmöglichkeit darstellen[13], welche an und für sich dem Dienstherrn das Recht verhältnismäßiger Minderung der Gegenleistung gewähren würde.

Merkwürdig ist an der Fassung, daß die Unmöglichkeit gerade in der Person des Dienstschuldners liegen soll. Während aber anfangs hierauf Wert gelegt und z. B. von Cosack ausgeführt wurde, die Regel sei nicht anwendbar, wenn A den Kindern des B täglich in der städtischen Turnhalle eine Turnstunde geben soll und die Stunde einmal ausfallen muß, weil die Halle ausgebessert werden muß[14], ist man neuerdings davon zurückgekommen: Sowohl Crome[15] wie Dernburg[16] halten die Bestimmung auch dann für anwendbar, wenn die Behinderung außerhalb der Person des Dienstschuldners eintritt und argumento a maiore ad minus ist dies wohl auch das Richtige.

Zur Regelung der Miete[17] führt Kober aus:[18] „Das Bürgerliche Gesetzbuch ist zum Schutze des Mieters weitergegangen (als die allgemeine Regelung) und hat ... im besonderen die Rechte des Mieters hinsichtlich der Befreiung von der Gegenleistung beziehungsweise Minderung derselben ... ausgedehnt und verstärkt. Das Verhältnis dieser besonderen Rechtssätze zu den allgemeinen Grundsätzen ist aber nach dem klaren Willen des Gesetzes derart gedacht, daß, soweit die nachfolgenden Sonderbestimmungen reichen, die entsprechenden allgemeinen Bestim-

---

13) Dernburg B.G.B. § 305 III; Schreier S. 35: „Eine Einschränkung von § 323 Abs. I"; vgl. Titze S. 295 f., „Da sich der § 616 als eine Ausnahme von der Regel darstellt, so hat im Bestreitungsfall der Dienstpflichtige zu beweisen, daß die Voraussetzungen vorliegen, unter denen er berechtigt ist, trotz eigener Nichtleistung die vereinbarte Gegenleistung zu verlangen." Übrigens ist § 616 dispositiv (vgl. § 619); wird er vertraglich ausgeschaltet, so gilt in Ermangelung besonderer abweichender Festsetzung die allgemeine Regel des § 323.

14) Cosack B.G.B. III. Aufl. 1900 Bd. I S. 517.

15) Crome II § 259, II.

16) Dernburg B.G.B. § 305 III.

17) Bez. des früheren Rechts vgl. l. 61 § 1 D. 19, 2, § 299; A.L.R. I 21; über Unmöglichkeit bei der Miete nach B.G.B. Kisch S. 55: „Daß §§ 323 ff. Anwendung finden, versteht sich ohne den in Gutachten aus dem Anwaltstande S. 734 geforderten Hinweis im Gesetze." Borchardt, Mietrecht S. 37 ff.; Mittelstein, Miete S. 86 ff.; Fuld Mietrecht S. 168; vgl. auch Busch, Gefahrtragung bei Sachmiete und Pacht unter Berücksichtigung des B.G.B. Erl. Diss. 1898.

18) Staudinger-Kober Note I zu B.G.B. § 537; vgl. auch Note I zu § 552; auch Schreier S. 24.

mungen insbesondere des B.G.B. § 323 ausgeschlossen sein sollen." Diese Rechtsansicht erklärt sich dadurch, daß Kober[19] die von uns bereits früher eingeordneten Bestimmungen über Nichterfüllung und Mängelhaftung mit dem dazu doch schon im Tatbestande nicht stimmenden[20] B.G.B. § 323 in Parallele setzt und sodann fortfährt:[21] „Nach dem allgemeinen § 323 würde der Mieter, dem die Ingebrauchnahme der gemieteten Sache unverschuldet unmöglich wird, von der Leistung des Mietzinses befreit werden. Hauptsächlich mit Rücksicht darauf, daß die Verpflichtung des Mieters auf der anderen Seite, die lediglich in der Überlassung des Gebrauchs besteht, eine Vorleistungspflicht ist, bestimmt das Gesetz hier bei der Miete ausnahmsweise, daß der Mieter von der Entrichtung des Mietzinses nicht befreit wird, wenn er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts verhindert wird." Diese Bestimmung aber ist keine Ausnahme vom B.G.B. § 323, denn es gibt keine Verpflichtung — also auch keine synallagmatische — des Mieters zur Ingebrauchnahme der Mietsache. Dies hebt Kober selbst an anderer Stelle hervor.[22]

Auch die von Kisch[23] behauptete Besonderheit der Miete, daß in Abweichung von § 323 die Unmöglichkeit hier das Rechtsverhältnis nicht notwendig aufhebe, vermag ich als solche nicht anzuerkennen, da ja auch in § 323 nur von einer Leistungsbefreiung, nicht aber vom Wegfall des ganzen Rechtsverhältnisses die Rede ist, dessen Fortbestand sich vielmehr aus dem Anspruch auf das stellvertretende Kommodum m. E. gerade ergibt.

So stehe ich auf dem Standpunkt Brückners[24], der die uneingeschränkte Anwendbarkeit des § 323 bei der Miete befürwortet: „Wird die Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs infolge eines Umstands unmöglich, den weder der Vermieter noch der Mieter zu vertreten hat, wird z. B. dem neuen Mieter das vermietete Haus trotz rechtzeitiger Kündigung seitens des Vermieters an den alten Mieter von

19) Staudinger-Kober a. a. O.

20) Titze S. 290 Note 7 nennt als mietrechtliche Besonderheiten: „Im allgemeinen hat der Gläubiger nur bei vorhandener Unmöglichkeit Rechte, der Vermieter auch schon bei drohender: Klage auf Unterlassung (§ 550) und fristlose Kündigung (§ 553 B.G.B.)."

21) Note 1 zu § 552.

22) Vgl. Staudinger-Kober Bem. B III zu § 536 B.G.B.

23) Kisch S. 55 f.

24) Miete (1902) S. 60, dort ist auch die Anwendbarkeit der §§ 324, 325 vertreten, die der §§ 320—327 für den Fall, daß der Vermieter die Verpflichtung zur Gebrauchsgewährung nicht erfülle. Die §§ 320—327 als „auch nicht gänzlich unanwendbar" bei Crome B.G.B. II § 235 II 2.

diesem infolge eines schweren Krankheitsfalles in seiner Familie statt am 1. April erst am 1. Mai eingeräumt, so kann der Vermieter auf die Zeit, während der dem Mieter infolge dieses Umstands der Gebrauch ganz oder teilweise entzogen ist, keinen oder nur entsprechend geringeren Mietzins beanspruchen."

Wenn B.G.B. § 552 Satz 3 ausdrücklich hervorhebt: „Solange der Vermieter infolge der Überlassung des Gebrauchs an einen Dritten außer Stande ist, dem Mieter den Gebrauch zu gewähren, ist der Mieter zur Entrichtung des Mietzinses nicht verpflichtet", so ist darin nur eine Wiederholung der Vorschrift des § 323, nicht aber ein besonderes Schutzmittel des Mieters[25] zu erblicken.

Während also bei der Miete ein solches überhaupt nicht zu verzeichnen ist, existiert eines bei der Pacht[26], und zwar bei der Pacht eines Grundstücks, bei der das Inventar vom Pächter zum Schätzungswerte mit der Verpflichtung übernommen wird, es bei der Beendigung dieser Pacht zum Schätzungswerte zurückzugewähren. Hierbei trägt nämlich der Pächter nach B.G.B. § 588 die Gefahr des zufälligen Unterganges[27] des Inventars. Jedoch scheint diese Abweichung durch das Tatbestandsmerkmal der Übernahme zum Schätzungswerte und der Verpflichtung der Rückgabe zum Schätzungswerte hinreichend motiviert, da hiernach auf den bloßen zeitweiligen Gebrauch und die Nutzung der einzelnen gepachteten Sachen der Tatbestand gar nicht mehr abgestellt erscheint.[28]

Was endlich den Gesellschaftsvertrag angeht[29], so ist behauptet worden, B.G.B. § 323 könne keine Anwendung finden, da eine solche von Rechts wegen eintretende Auflösung der Gesellschaft den Interessen der Parteien widerstreite[30], und da nach B.G.B. § 723 die Unmöglichkeit der einem Gesellschafter obliegenden Leistung dem Andern nur ein Kündigungsrecht gebe.[31] Hiergegen ist bereits oben ausgeführt, daß

25) A. A. Staudinger-Kober Note II, 2 zu B.G.B. § 552.
26) Vgl. Titze S. 290 Nr. 7.
27) Und der zufälligen Verschlechterung.
28) Vgl. Staudinger-Kober Note I zu § 58 Satz 1: „Unmittelbare Folge der Übereinkunft im Sinne des § 587 (vgl. A.L.R. I, 21 §§ 474, 475)" Note II Abs. I Satz 2 c: „Die rechtliche Konstruktion dieses Verfügungsrechts liegt in einer vom Gesetze fingierten, allgemein widerruflichen Einwilligung des Verpächters zu derartigen Rechtsakten."
29) Für das gem. R. vgl. l. 58 pr. § 1 D. 17, 2; Wächter, Civ. Arch. Bd. 25 S. 206—211; Mommsen I § 33, dazu Windscheid, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 2 S. 143 f.; Windscheid, Pand. II § 406 Anm. 4; Dernburg, Pand. II. § 126 Anm. 10.
30) Cosack I S. 375c; vgl. aber Mot. II S. 600; Nicolai S. 53.
31) Vgl. Windscheid-Kipp II S. 732; Cosack II S. 375.

B. G. B. § 323 keine von selbst eintretende Auflösung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses[32], sondern nur eine Leistungsbefreiung bewirkt.[33] Es ist auch von anderer Seite darauf hingewiesen, daß B. G. B. § 323 und § 723 sehr wohl nebeneinander bestehen können[34], so daß also auch Plancks Ansicht abzulehnen sein würde, § 323 trete bei einer nur aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft ein, § 723 aber bei einer aus mehr als zwei Gesellschaftern bestehenden.[35]

Bernhöft wendet ein[36], bei einer Gesellschaft dürfe doch nicht, wenn gemeinschaftliche Tätigkeit zu einem bestimmten Zweck verabredet sei, der eine Gesellschafter seine Tätigkeit einstellen, wenn der andere krank werde. Man wird geneigt sein, ihm dies zuzugeben; aber auch dann noch widerstreitet es nicht unserer Behauptung von der Anwendbarkeit des § 323. Bereits oben ist darauf hingewiesen, daß bei der Einbringung von Sachen zu Eigentum die Kaufmängelgrundsätze Anwendung zu finden haben. Kober macht darauf aufmerksam[37], bei der Einbringung zur Nutzung kämen entsprechend die Normen über die Mängel bei der Sachmiete[38] und bei Leistung von Diensten die Normen des Dienst- oder Werkvertrags, also hauptsächlich der B. G. B. § 616, zur entsprechenden Anwendung. Er hält gerade anhaltende Krankheit, und zwar mit Recht, für ein Beispiel dafür, daß dem einen Gesellschafter die Erfüllung einer wesentlichen Gesellschaftspflicht unmöglich geworden ist.[39] Bei einer nur aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft braucht also auch der andere nicht mehr zu leisten.

B. G. B. § 723 dagegen bietet, worauf gerade Knoke[40] besonders aufmerksam gemacht hat, die Regelung für die Auflösung und Auseinandersetzung, wenn schon Geschäfte geschlossen und Gewinn und Verlust entstanden waren.[41] Hier würde, namentlich dann, wenn die Gegenleistung schon bewirkt ist, der § 323 keine ausreichende Hilfe bieten, da der andere nur insoweit zurückzugeben brauchte, als er bereichert ist. Die Leistung aber ist ins Gesellschaftsvermögen geschehen, und § 723 gestattet dem Leistenden gerade, sich aus diesem insoweit zu befriedigen, als dies bereichert ist. Namentlich aber soll der § 323 in allen Fällen

32) Das ist die Ansicht Plancks II S. 454 f.
33) Vgl. oben; auch Nicolai S. 55.
34) Knoke S. 45. 35) Planck II S. 454 f. 36) Kauf, Miete usw. S. 43.
37) Vgl. Staudinger-Kober Note III c. u. d. zu § 706 B. G. B.
38) Für das frühere Recht Knoke S. 45.
39) Vgl. Staudinger-Kober II, 2 α. β. zu § 732 B. G. B.
40) Knoke a. a. O. S. 45.
41) Vgl. Windscheid-Kipp S. 732, Nicolai S. 57.

Anwendung finden, wo die Leistung nur teilweise unmöglich wird. Es soll dann die Leistung des andern Gesellschafters verhältnismäßig herabgesetzt werden.

Die tatsächlichen Schwierigkeiten, die eine solche Herabsetzung wohl schaffen kann, verführen Nicolai dazu, nicht den Beitrag sondern den Gewinn herabzusetzen.[42] Der bestehe in der Regel in Geld und sei das „Schattenbild des Beitrags", nach dem er sich richte. Es sei also keine Inkonsequenz, sondern eine Berechnungserleichterung[43], auf diesem Wege das ursprüngliche Verhältnis zwischen den Gesellschaftern wiederherzustellen. Daraus folgt aber nur, daß unter Umständen auf dem Umwege über den Gewinn gerade die Minderung des Beitrags ermittelt werden kann.[44]

Bei der aus mehr als zwei Gesellschaftern — etwa A, B, C und D — bestehenden Gesellschaft fragt es sich, ob, wenn etwa in der Person des B Unmöglichkeit eintritt, nicht nur (was unbestritten ist) diesem gegenüber A, C und D befreit sind[45], sondern ob sie es auch untereinander sind.

Knoke bejaht dies in folgender Erwägung[46]: „Es müssen die Veränderungen, welche die Verpflichtung des Einen erleidet, nicht nur auf die Verpflichtungen der Übrigen ihm gegenüber von Einfluß sein, sondern das ganze Verhältnis umgestalten. Wenn daher die dem Einen obliegende Leistung unmöglich wird, fallen auch die Beitragspflichten der Übrigen fort; wird die dem Einen obliegende Leistung teilweise unmöglich, so mindern sich die Leistungen der Übrigen; dieser Standpunkt allein entspricht der Billigkeit." Örtmann[47] und Nicolai[48] schließen sich ihm an, letzterer nicht allein deshalb, weil „gerade die unmöglich gewordene Leistung causa movens zum Beitritt gewesen sein könnte", sondern namentlich wegen der „juristischen Konstruktion" des Verhältnisses. Der A habe sich nicht nur dem C und D sondern dem B, C und D als Einheit verpflichtet. „Durch den Wegfall der Leistung des einen Gesellschafters ist die Einheit unheilbar zerstört, und dasselbe gilt von den Verpflichtungen des C und D; das ganze Netz, welches der Gesellschaftsvertrag unter seinen Mitgliedern spann, wird durch das Zerreißen auch nur einer Masche vollständig aufgetrennt."[49]

---

42) S. 69. 43) S. 70.
44) Vgl. aber auch Kisch S. 2 Note 6; Titze S. 310 auch 313 ff.
45) Planck II S. 455.
46) Knoke S. 47. 47) § 705, IV. 48) Nicolai S. 61.
49) Nicolai S. 63 f.: „Wollen A, C u. D gleichwohl fortsetzen, so müssen sie eine neue Gesellschaft gründen."

Dem vermag ich jedoch nicht zuzustimmen.[50] Der Gesellschaftsvertrag schafft, wie oben ausgeführt, viele einzelne gegenseitige Schuldverhältnisse und B.G.B. § 323 kann nur in diesen einzelnen gegenseitigen Schuldverhältnissen zur Anwendung kommen, er gibt also den einzelnen Gesellschaftern die Befreiung nur gerade dem gegenüber, bei dem die Unmöglichkeit eingetreten ist.

Hier zeigt sich insbesondere, wie wichtig daneben die Anwendbarkeit des § 723 ist; wenn nämlich diese Unmöglichkeit derartig auf die Verhältnisse auch der übrigen Mitglieder zurückwirkt, daß diesen die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses nicht anzusinnen ist[51], so können sie von dem dort gegebenen Kündigungsrechte Gebrauch machen.

§ 15. Sonderfolgen zufälliger Unmöglichkeit.

Die Leistungsbefreiung des B.G.B. § 323 findet sich bei einzelnen besonders geregelten gegenseitigen Verträgen besonders hervorgehoben. So ist z. B. nach H.G.B. § 617 keine Fracht zu zahlen und die etwa vorausbezahlte zu erstatten, wenn die nach dem Seefrachtvertrage zu transportierenden Güter durch irgend einen Unfall verloren gegangen sind.[1] Ferner ist nach dem Gesetz über das Auswanderungswesen § 29 das Überfahrtsgeld zurückzuerstatten, wenn der Auswanderer (oder einer der ihn begleitenden Familienangehörigen) vor Antritt der Seereise stirbt oder nachweislich durch Krankheit oder durch sonstige außer seiner Macht liegenden Zwischenfälle am Antritt der Seereise verhindert wird. Nach der Eisenbahnverkehrsordnung § 14 Abs. 1 kann ein Reisender, dem ein seiner Fahrkarte entsprechender Platz nicht angewiesen werden kann (falls ihm nicht ein Platz in einer höheren Wagenklasse eingeräumt wird), die Fahrt unterlassen und das bezahlte Fahrgeld zurückverlangen. Wenn ein Schiffer, der für eine bestimmte Reise angestellt ist, entlassen wird, weil die Reise wegen Krieg, Embargo oder Blockade oder wegen eines Einfuhr- oder Ausfuhrverbots oder wegen eines anderen Schiff oder Ladung betreffenden Zufalls nicht angetreten oder fortgesetzt werden kann, erhält er nur dasjenige, was er von der Heuer einschließlich aller sonst bedungenen Vorteile bis dahin verdient hat (H.G.B. § 547); ebenso (§ 546 eod.), wenn die Entlassung erfolgt, weil der Schiffer

50) Dagegen auch Planck S. 455; Windscheid-Kipp II S. 732 u. Kisch S. 57.

51) Richtig weist Kisch S. 2 darauf hin, daß „die Unmöglichkeit der einen Leistung den ganzen Gesellschaftszweck vereiteln kann." § 726 B.G.B. Hierzu vgl. Staudinger-Kober Note 2 zu § 726.

1) Vgl. auch eod. Abs. 2 Satz 2.

untüchtig befunden ist. Nach der Seemannsordnung § 34 ist der Schiffer befugt, dem Schiffsmann, den er als zu dem Dienste, zu welchem er sich verheuert hat, untauglich entdeckt, die Heuer verhältnismäßig zu verringern.[2] Auch ist nach der Seemannsordnung § 46 der Schiffer berechtigt, bei ungewöhnlich langer Dauer der Reise oder wegen eingetretener Unfälle eine Kürzung der Rationen oder eine Änderung hinsichtlich der Wahl der Speisen und Getränke eintreten zu lassen. Weiter wiederholt das Postgesetz vom 28. Oktober 1871 § 6 Abs. 5, daß (abgesehen von den besonderen Bestimmungen) „insbesondere für gewöhnliche Briefe weder im Falle eines Verlustes oder einer Beschädigung ... Ersatz geleistet" werde. Eine Befreiung wegen zufälliger Unmöglichkeit liegt endlich auch in B.G.B. § 501, der bestimmt, daß, wenn als Wiederkaufspreis der Schätzungswert vereinbart ist, den der gekaufte Gegenstand zur Zeit des Wiederkaufs hat, der Wiederverkäufer für Verschlechterung, Untergang oder aus einem anderen Grunde eingetretene Unmöglichkeit nicht verantwortlich sei.

Zuweilen tritt zwar auch *Befreiung* ein, aber mit einer *Umkehrung der Beweislast*: Nach H.G.B. § 429 haftet der Frachtführer für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes in der Zeit von der Annahme bis zur Ablieferung entsteht, wird jedoch von seiner Haftung frei, wenn Verlust oder Beschädigung auf Umständen beruhen, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten.[3] Dies wirkt auch auf die Gegenleistung zurück.

Leistungsbefreiung tritt in weiteren Fällen *erst ein auf Grund einer besonderen dahin zielenden Willenserklärung*, nämlich der fristlosen Kündigung. Dies sind die Fälle des „wichtigen Grundes".[4] Dieser ist schon bei der bloßen Nichterfüllung erwähnt. Es würde also in der Regel des Nachweises des Vorliegens einer Unmöglichkeit gar nicht bedürfen. Daß aber auch diese Fälle darunter zu beziehen sind, geht insbesondere aus einigen ausdrücklichen Beispielen wichtiger Gründe hervor: So hat der Prinzipal das fristlose Kündigungsrecht nach H.G.B. § 72 Nr. 3, wenn der Handlungsgehilfe durch anhaltende Krankheit ... an der Verrichtung seiner Dienste verhindert wird. Gesellen und Gehilfen können nach Gew.O. § 123 vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit und ohne Aufkündigung — soll heißen ohne Aufkündigungsfrist — ent-

2) und ihn im Range herabzusetzen.
3) Vgl. auch Binnenschiffahrtsgesetz § 58 Abs. 2.
4) Vgl. u. a. B.G.B. §§ 626, 749, Abs. 2.

lassen werden, „Nr. 8: wenn sie zur Fortsetzung der Arbeit unfähig sind"; und gegen den Betriebsbeamten, Werkmeister usw. kann die Aufhebung des Dienstverhältnisses verlangt werden (Gew.O. § 133c Nr. 4), wenn sie durch anhaltende Krankheit oder Abwesenheit an der Verrichtung ihrer Dienste verhindert werden. Umgekehrt kann der Lehrling das Lehrverhältnis auflösen, wenn der Lehrherr zur Erfüllung der ihm vertragsmäßig obliegenden Verpflichtungen unfähig wird (Gew.O. § 128 Abs. 3 Nr. 2 a.E.).

Während bislang hervorgehoben ist, daß bei der Leistungsbefreiung des § 323 der zugrunde liegende gegenseitige Vertrag nicht schlechthin wegfällt, ist eine solche Endigung des zugrunde liegenden Verhältnisses an verschiedenen Stellen besonders ausgesprochen worden: Nach H.G.B. § 628 tritt der Frachtvertrag außer Kraft[5], ohne daß ein Teil zur Entschädigung des anderen verpflichtet ist, wenn vor dem Antritte der Reise durch einen Zufall das Schiff verloren geht (verunglückt, geraubt oder aufgebracht wird) oder wenn unter gewissen Umständen die Güter verloren gehen. Nach H.G.B. § 630[6] endet der Frachtvertrag, wenn das Schiff nach dem Antritt der Reise durch einen Zufall verloren geht; für die bisherige Mühe ist die Distanzfracht zu entrichten (vgl. H.G.B. §§ 630, 631). Der Frachtvertrag endigt auch, ohne daß ein Teil dem andern zur Entschädigung verpflichtet ist, wenn nach dem Antritt der Reise die Güter durch einen Zufall verloren gehen (H.G.B. § 633[7]). Ferner tritt beim Personenfrachtgeschäft nach H.G.B. § 668 der Überfahrtsvertrag außer Kraft, wenn durch Zufall das Schiff verloren geht; und es ist in diesem Falle nach H.G.B. § 670 kein Teil zur Entschädigung des anderen verpflichtet; nur hat der Reisende das Überfahrtsgeld nach dem Verhältnisse der zurückgelegten zur ganzen Reise zu zahlen, wenn die Auflösung erst nach dem Antritte der Reise erfolgt ist. Nach Seemannsordnung § 56 endet der Heuervertrag, wenn das Schiff durch einen Zufall dem Rheder verloren geht.

Es scheint mir daraus, daß der Vertrag, wenn auch in anderer Richtung, noch fortwirkt[8], zu folgen, daß in allen diesen Fällen mit

5) Vgl. hierzu Dernburg B.G.B. § 333 II.
6) Ebenso Binnenschiffahrtsgesetz § 64, 69, 71.
7) Ebenso Binnenschiffahrtsgesetz § 68 Abs. 2.
8) H.G.B. § 632, Binnenschiffahrtsgesetz § 70: „Die Auflösung des Frachtvertrages ändert nichts in den Verpflichtungen des Schiffers, bei Abwesenheit der Beteiligten auch nach dem Verluste des Schiffes für das Beste der Ladung zu sorgen." Näheres a. a. O.

der Auflöſung oder Endigung des Vertragsverhältniſſes im Grunde nicht mehr als die Leiſtungsbefreiung des B.G.B. § 323 gemeint iſt.

Das Gleiche hat wohl auch von den vereinzelt bei zufälliger Unmöglichkeit dem andern Teile gegebenen Rücktrittsrechten zu gelten: Es iſt nämlich nach H.G.B. § 629 in einzelnen Fällen der Unmöglichkeit (beſonders Embargo oder Verfügungen von hoher Hand über das Schiff) jeder Teil befugt, von „dem Vertrage zurückzutreten, ohne zur Entſchädigung verpflichtet zu ſein".[9] Ferner iſt nach H.G.B. § 669 der Reiſende befugt, in beſonderen Unmöglichkeitsfällen „vom Vertrage zurückzutreten", und dieſes Recht des Rücktritts ſteht nach Abſ. 2 eod. auch dem Verfrachter zu, wenn er in einem dieſer Fälle die Reiſe aufgibt, oder wenn das Schiff hauptſächlich zur Beförderung von Gütern beſtimmt iſt, und die Unternehmung unterbleiben muß, weil die Güter ohne ſein Verſchulden nicht befördert werden können. Endlich kann nach der Eiſenbahnverkehrsordnung § 65 der Güterabſender vom Vertrage zurücktreten, wenn der Antritt oder die Fortſetzung des Eiſenbahntransportes ohne ſeine Schuld verhindert wird.[10]

Den bisher genannten Fällen ſteht eine ganze Reihe anderer gegenüber, in denen trotz zufälliger Unmöglichkeit auf der einen Seite keine oder keine völlige Befreiung des anderen Teils eintritt.[11] Hierher gehören in erſter Linie diejenigen Fälle, in denen bei Unmöglichkeit des Dienſtverpflichteten der andere Teil die vertragsmäßigen Leiſtungen fortzugewähren hat. So behält z. B. der Handlungsgehilfe ſeinen Anſpruch auf Gehalt und Unterhalt bis zu ſechs Wochen, wenn er durch unverſchuldetes Unglück an der Leiſtung der Dienſte verhindert wird (H.G.B. § 63); der Werkmeiſter, Betriebsbeamte uſw. behält den Anſpruch auf die vertragsmäßigen Leiſtungen des Arbeitgebers auf die Dauer von ſechs Wochen, wenn die Verrichtung der Dienſte durch unverſchuldetes Unglück verhindert worden iſt. (Gew.O. § 133c Abſ. 2)[12]; nach der Seemannsordnung § 49 bezieht der erkrankte oder verwundete Schiffsmann bis zu gewiſſen Terminen die Heuer fort. — Nach H.G.B. § 618[13]

9) Vgl. auch die entſprechende Beſtimmung in H.G.B. § 634.

10) Diſtanzfracht in dieſem Falle eod. Abſ. 2; nach eod. Abſ. 3 hat jedoch die Eiſenbahnverwaltung das Recht, das Gut auf einem anderen Wege dem Beſtimmungsorte zuzuführen.

11) Hierbei ſoll von den Fällen ganz abgeſehen werden, wo der eine Kontrahent, bei dem der Zufall eintritt, durch dieſen noch nicht frei wird, wie z. B. nach H.G.B. § 456 die Eiſenbahn auch bei zufälligem Verluſt oder Beſchädigung des Gutes noch haftet.

12) In dieſem Falle mindert ſich der Anſpruch um die Kranken- und Unfallverſicherungspräſtationen, im vorigen nicht.

13) Vgl. Binnenſchiffahrtsgeſetz § 65.

ist ungeachtet der nicht erfolgten Ablieferung die [volle] Fracht zu zahlen für Güter, deren Verlust infolge ihrer natürlichen Beschaffenheit, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage eingetreten ist, sowie für Tiere, die unterwegs gestorben sind. (Diese Bestimmung stellt sich zugleich als eine Abänderung von B.G.B. § 645 dar, der bestimmt, daß der Unternehmer nur einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung erhalten solle, wenn das Werk infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes zufällig untergegangen ist). — Ferner hat nach H.G.B. § 667 der Reisende, wenn er vor dem Antritt der Reise durch Krankheit oder einen anderen in seiner Person sich ereignenden Zufall zurückzubleiben genötigt wird [also auch dem Schiffer die Beförderung durch Zufall unmöglich wird], die Hälfte des Überfahrtsgeldes zu zahlen. Wenn nach dem Antritt der Reise ein solcher Zufall sich ereignet, ist sogar das volle Überfahrtsgeld zu zahlen.

Während aber in allen diesen Fällen die Gegenpartei für ihre Leistung überhaupt *kein Äquivalent* bekommt, erhält sie in anderen wenigstens ein *verändertes*:

Nach § 30 des Gesetzes über das Auswanderungswesen bleibt der Unternehmer verpflichtet[14], ohne besondere Vergütung [also für die vereinbarte Gegenleistung] den Auswanderern angemessene Unterkunft und Verpflegung zu gewähren und die Beförderung derselben und ihres Gepäcks nach dem Bestimmungsorte, „sobald als möglich", herbeizuführen, auch wenn das Schiff durch einen Seeunfall oder durch einen anderen Umstand an der Fortsetzung der Reise verhindert, oder zu einer längeren Unterbrechung derselben genötigt ist.

Besonderheiten finden sich namentlich auch im *Verlagsgesetze*.[15] Nach § 18 kann der Verleger, wenn der Zweck, welchem das Werk dienen sollte, nach dem Abschlusse des Vertrags wegfällt, das Vertragsverhältnis kündigen. Der Anspruch des Verfassers auf die Vergütung aber bleibt unberührt. Ebenso behält der Verfasser den Anspruch auf die Vergütung, wenn das Werk nach der Ablieferung an den Verleger durch Zufall untergeht, nur „im übrigen werden beide Teile von der Verpflichtung zur Leistung frei" (§ 33).[16] Nach § 34 ist, wenn ein Teil

14) Nach H.G.B. § 536 ist der Schiffer, wenn die Fortsetzung der Reise in der ursprünglichen Richtung durch einen Zufall verhindert wird, nur befugt aber nicht verpflichtet, die Reise in einer anderen Richtung fortzusetzen oder sie auf kürzere oder längere Zeit einzustellen.

15) Vgl. § 1010 A.L.R. I, 11; Kisch S. 3.

16) Nach Verlagsgesetz § 33 Abs. 2 hat allerdings der Verfasser auf Verlangen des Verlegers gegen eine angemessene Vergütung ein anderes im wesentlichen

des Werks dem Verleger bereits abgeliefert war, und der Verfasser stirbt, oder die Vollendung des Werkes infolge eines sonstigen nicht von ihm zu vertretenden Umstands unmöglich wird, der Verleger in Ansehung des gelieferten Teils berechtigt, den Vertrag aufrecht zu erhalten.

Aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch selbst aber gehört hierher der § 498 Abs. 2 Satz 2, wonach beim Wiederkauf, wenn der Gegenstand ohne Verschulden des Wiederverkäufers verschlechtert oder nur unwesentlich verändert ist, der Wiederkäufer Minderung des Kaufpreises nicht verlangen kann. Mit Recht wird darauf hingewiesen[17], daß falls der Gegenstand des Wiederkaufs ohne Verschulden des Wiederverkäufers untergegangen ist, diese Ausnahme nicht Platz greift; der Wiederkaufsverpflichtete vielmehr nach B.G.B. § 323 die Leistung verweigern, freilich aber auch die Wiederkaufssumme fordern darf. Richtig ist ja[18], daß der Wiederkäufer jedenfalls gegen Beschädigung gedeckt ist, da er ja sein Wiederkaufsrecht nicht auszuüben braucht. Die Motive[19] weisen auf die Intention eines derartigen Vertrags hin, und man erklärt diese aus dem Umstande[20], daß die Bedingung des Wiederkaufsvertrags — die Wiederkaufserklärung — von dem Willen der einen Partei abhängig sei, der immerhin bevorzugten Stellung dieser Partei böten die Vertragschließenden durch die Preisausmachung ein Gegengewicht. Darauf hat schon Glück[21] aufmerksam gemacht, indem er ausführt: „Der Käufer hat keine andere Verpflichtung übernommen, als die, daß er die Sache für den bestimmten Preis dem Verkäufer zurückgebe.[22] Man kann auch sagen, daß der Verkäufer wegen dieser schon im voraus geschehenen Schätzung zugleich stillschweigend die Gefahr, daß die Sache den ihr jetzt beigelegten Wert in der Folge verlieren könne, übernommen habe.“[23]

übereinstimmendes Werk zu liefern, sofern dies auf Grund vorhandener Vorarbeiten oder sonstiger Unterlagen mit geringer Mühe geschehen kann; erbietet sich der Verfasser, ein solches Werk innerhalb einer angemessenen Frist kostenfrei zu liefern, so ist der Verleger verpflichtet, das Werk an Stelle des untergegangenen zu vervielfältigen und zu verbreiten.

17) Hahn, Der Wiederkauf, Marburger Diss. 1902, S. 91; vgl. § 301 A.L.R. I, 11; vgl. auch Siebert, Wiederkaufsrecht nach gem. R. u. B.G.B. Leipziger Diss. 1902; v. Wangenheim, Das Wiederkaufsrecht. Göttinger Diss. 1899; Krohn, Der Wiederverkauf nach gem. u. preuß. R. Greifsw. Diss. 1899.

18) Worauf Enneccerus II S. 552 aufmerksam macht.

19) Mot. II S. 343, vgl. auch Örtmann S. 217: „positive, durch gute innere Gründe leicht zu rechtfertigende Sonderbestimmung.“

20) Hahn S. 93. 21) Glück 16 S. 219 f.

22) „Will Verkäufer diesen Preis nicht zahlen, so steht ihm die exceptio non adimpleti contractus entgegen, und der Käufer ist nicht verbunden, ihm die Sache anders zurückzugeben, als wenn er den bestimmten Preis bezahlt.“ Glück a. a. O.

23) Auch wird für Werterhöhung nicht mehr gezahlt. Hahn S. 94; Bechmann II S. 534 Anm. 2; Möglichkeit der Berücksichtigung der Gefahr im Schätzungspreis: Hahn eod.

Eine letzte Gruppe von Sonderfolgen stellen Fälle dar, in denen bei zufälliger Unmöglichkeit auf der einen Seite, für den andern Teil sogar selbständige neue Ansprüche entstehen. So hat z. B. nach B.G.B. § 617 der Dienstberechtigte dem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Dienstverpflichteten, wenn das Dienstverhältnis ein dauerndes ist, und die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen zu gewähren, sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist.[24] Entsprechend trägt nach Seemannsordnung § 48 der Rheder die Kosten der Verpflegung und Heilung, wenn der Schiffsmann nach Antritt des Dienstes erkrankt oder verwundet wird. Nur sind die Fristen hier andere (vgl. Nr. 1—4); auch ist ausdrücklich festgesetzt (§ 50), daß die Bestimmung keine Anwendung finde auf den Schiffsmann, welcher die Krankheit oder Verwundung durch eine unerlaubte Handlung sich zugezogen hat.[25]

Zu diesen selbständigen Ansprüchen gehört auch der Anspruch der Beamten und ihrer Witwen auf Pension.[26] Die Voraussetzung ist im Reichsbeamtengesetz § 34 dahin normiert worden, daß der Beamte (nach einer Dienstzeit von wenigstens zehn Jahren) infolge eines körperlichen Gebrechens oder wegen Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte zu der Erfüllung seiner Amtspflicht dauernd unfähig ist (und deshalb in den Ruhestand versetzt wird).

Nach H.G.B. § 516 darf der Schiffer, auch wenn er durch Krankheit oder andere Ursachen verhindert ist, das Schiff zu führen, den Abgang des Schiffes oder die Weiterfahrt nicht ungebührlich aufhalten; muß vielmehr, wenn Zeit und Umstände gestatten, die Anordnung des Rheders einholen, diesem ungesäumt die Verhinderung anzeigen und für die Zwischenzeit die geeigneten Vorkehrungen treffen. Im entgegengesetzten Falle muß er einen andern Schiffer einsetzen. Dieselbe Verpflichtung hat auch der Binnenschiffer dem Schiffseigner gegenüber nach dem Binnenschiffahrtsgesetz § 9, und der Floßführer seinem Dienstherrn gegenüber nach § 5 des Flößereigesetzes.

---

24) Die Verpflichtung tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getragen ist.

25) „oder mit einer syphilitischen Krankheit behaftet ist!"

26) Reichsbeamtengesetz §§ 34, 69.

Nach der Eisenbahnverkehrsordnung § 26 hat der Reisende, der mit einer durchgehenden Fahrkarte versehen ist, wenn infolge einer Zugverspätung der Anschluß an einen anderen Zug versäumt wird, sofern er mit dem nächsten zurückführenden Zug ununterbrochen zur Abgangsstation zurückgekehrt ist, das Recht auf Erstattung des bezahlten Preises für die Hin- und Rückreise in der auf der Hinreise benutzten Wagenklasse. Er hat aber auch das Recht auf Beförderung mit dem nächsten Zuge[27], ja sogar unter Umständen auf Weiterbeförderung mittels anderer Fahrgelegenheiten.[28]

Nach der Seemannsordnung § 56 Abs. 2 hat der Schiffsmann, wenn das Schiff verloren geht, den Anspruch auf freie Zurückbeförderung nach dem Hafen, von welchem das Schiff seine Ausreise angetreten hat, oder nach Wahl des Schiffers auf eine entsprechende Vergütung. Nach der Postordnung vom 20. März 1900 § 45 werden unbestellbare Postsendungen dem Absender zurückgesandt, freilich unter Umständen gegen neues Porto.[29]

Nach H.G.B. § 428 Abs. 2 hat beim Frachtgeschäft der Absender, wenn er wegen unverschuldeter Verhinderung des Antritts oder der Fortsetzung der Reise zurücktritt, den Frachtführer, wenn diesem auch kein Verschulden zur Last fällt, für die Vorbereitungen der Reise die Wiederausladung und den zurückgelegten Teil zu entschädigen. Nach H.G.B. § 639 muß im entsprechenden Falle die Kosten der Ausladung aus dem Schiffe der Verfrachter, die übrigen Kosten der Befrachter tragen. „Hat der Zufall jedoch nur die Ladung betroffen, so fallen die sämtlichen Kosten der Löschung dem Befrachter zur Last."

Eine in diesem Zusammenhange auffällige Bestimmung enthält § 49 Abs. 2 der Seemannsordnung: „Ist der Schiffsmann bei der Verteidigung des Schiffes beschädigt, so hat er überdies (nämlich außer der Heuer) auf eine angemessene, erforderlichenfalls von dem Richter zu bestimmende Belohnung Anspruch."

Ferner leistet die Postverwaltung dem Absender unter gewissen in § 6 des Reichspostgesetzes[30] genannten Voraussetzungen Ersatz für den Verlust reglementsmäßig eingelieferter Sendungen mit den daselbst Abs. 3 a, b und c angegebenen Ausnahmen.

---

27) Vgl. eod. in dem etwas verklausulierten Abs. 4.

28) eod. Abs. 5 allerdings gegen besonderes Entgelt.

29) eod. § 46.

30) Vgl. auch §§ 7—9, 12.

Endlich leistet (eod. § 11) die Postverwaltung bei Reisen mit den ordentlichen Posten Ersatz: 1. für Verlust des Passagiergutes; 2. für die erforderlichen Kur- und Verpflegungskosten im Falle der körperlichen Beschädigung eines Reisenden, wenn dieselbe nicht erweislich durch höhere Gewalt oder durch eigene Fahrlässigkeit des Reisenden herbeigeführt ist.

§ 16. B.G.B. § 324 in den einzelnen Schuldverhältnissen.

Bei der Anwendung der Vorschriften der B.G.B. §§ 324 und 325 auf die einzelnen gegenseitigen Schuldverhältnisse ergibt sich nicht entfernt die Mannigfaltigkeit des Beobachtungsmaterials wie bei der Anwendung des B.G.B. § 323. Dies erklärt sich daraus, daß, wie oben ausgeführt, die Fälle dieser beiden Paragraphen im Grunde kein besonderes Gesetzgebungsproblem bilden. Der Vertretungspflicht hat die Ersatzpflicht zu entsprechen, die höchstens in ihrer konkreten Ausgestaltung Schwierigkeiten machen kann. Bei der Einzelregelung insbesondere werden diese Fälle dem Gesetzgeber eher als bereits allgemein geregelt bewußt sein, als wie die hinterher zufällig eingetretenen Ereignisse des § 323. Wenn gleichwohl die Anwendung der beiden Paragraphen der Litteratur ab und zu Schwierigkeiten schafft, so sind dies oftmals auch noch solche über Fragen, die streng genommen gar nicht in diesem Zusammenhange zu erörtern sind, vielmehr entweder schon mit dem Tatbestande der bloßen Nichterfüllung zu vergleichen waren[1], oder gar Argumente von den Rechtsfolgen her enthalten.

Was zunächst B.G.B. § 324 in der Einzelanwendung betrifft, so weist Kisch[2] darauf hin, daß bei den Verträgen, die auf zeitlich dauernde Leistungen gerichtet seien, insbesondere bei der Miete, dem Dienstvertrag und der Gesellschaft, dem Schuldner mit der bloßen Gewährung der Gegenleistung vielfach nicht gedient sei, daß ihm vielmehr daran liege, das Vertragsverhältnis zu lösen. Deshalb sei bei den genannten drei Verträgen die Kündigungsbefugnis festgesetzt worden. Das ist richtig, steht aber doch wohl der Anwendbarkeit des § 324 B.G.B. nicht entgegen.

Namentlich bei der Miete vergleicht man mit B.G.B. § 324 Tatbestände, die m. E. mit den Vorschriften über die bloße Nichterfüllung

1) Bei B.G.B. § 325 werden verglichen die ädilizischen Rechtsmittel und der Rücktrittsanspruch, das Kündigungsrecht bei der Miete nach B.G.B. § 542 mit dem Rücktritt (vgl. Kisch S. 147).

2) S. 87 f.

in Parallele zu setzen sind.[3] Beim Werkvertrag ist der Besteller, wenn ihn eine Vertretungspflicht trifft, nicht nur nach B.G.B. § 645 verpflichtet, sondern er muß nach Maßgabe des § 324 dem Unternehmer die ganze vereinbarte Vergütung entrichten und darf nur das vom Unternehmer etwa Ersparte abziehen. Dies führt bereits Riezler[4] richtig aus, obwohl der Abs. 2 des § 645 etwas zu eng nur bestimmt: „Eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens bleibt unberührt."

Beim Dienstvertrag wird darauf hingewiesen[5]: „Wird die Dienstleistung infolge eines Umstandes unmöglich, den der Dienstherr zu vertreten hat, so behält der Dienstpflichtige den Anspruch auf weitere Vergütung für die volle Vertragszeit." Bei den verschiedenen Dienstverträgen aber knüpfen besondere Bestimmungen an, die dasjenige, was der Dienstherr zu vertreten hat, nach einzelnen Seiten hin genauer festsetzen.

Hierher gehören die sozialpolitischen Verpflichtungen des Dienstherrn nach B.G.B. § 618, wonach er Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln hat, daß der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet. Wenn der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist, so hat der Dienstberechtigte bekanntlich weiter in Ansehung des Wohn- und Schlafraumes, der Verpflegung, sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten erforderlich sind.

Da der Abs. 3 des § 618 als Folge der Nichterfüllung dieser Verpflichtungen die Schadensersatzvorschriften für unerlaubte Handlungen (§§ 842—846) bezeichnet, so wird in der Regel dies für die einzige Folge der Nichterfüllung erklärt, und es ist ja auch richtig, daß hier in der Regel der Tatbestand des außerkontraktlichen Verschuldens konkurriert.[6]

3) So Kisch S. 87 den B.G.B. § 553. Allenfalls könnte man — und so meint es wohl Rehbein B.G.B. II S. 187 — in § 552 Satz 2 eine Anwendung der Regel des § 324 finden.

4) Der Werkvertrag S. 142, 149.

5) Dernburg B.G.B. § 305 II, 2.

6) Er konkurriert wohl auch in den Fällen, die Schollmeyer Note 1 zu § 324 anführt: „Indem z. B. der Dienstherr die dem Gesinde vertragsmäßig zustehende Kost so knapp bemißt, daß dasselbe erkrankt und zur Leistung der Arbeit unfähig wird, oder

Es kann aber kein Zweifel sein, daß auch in allen Fällen, wo der Dienstherr die Unmöglichkeit der Dienstleistung zu vertreten hat, der Dienstpflichtige den Anspruch auf die weitere Vergütung für die volle Vertragszeit behält.[7]

Nur in aller Kürze sei hervorgehoben, daß Gew.O. §§ 120a—c ihrerseits weiter konkretisieren:[8] Es ist für genügendes Licht, ausreichenden Luftraum und Luftwechsel, Beseitigung des beim Betriebe entstehenden Staubes, der dabei entwickelten Dünste und Gase sowie der dabei entstehenden Abfälle Sorge zu tragen. Es sind Vorrichtungen zum Schutze gegen gefährliche Berührungen mit Maschinen, oder Gefahren aus Fabrikbränden herzustellen. Es müssen nach Geschlechtern getrennte Ankleide- und Waschräume, auch Bedürfnisanstalten vorhanden sein usw. Diese Konkretisierung wird fortgesetzt in den vielfachen sogenannten „Unfallverhütungsvorschriften" der einzelnen Berufsgenossenschaften, in denen z. B. vorgeschrieben ist, welche Kurbeln an den einzelnen besonders bezeichneten Maschinen mit Schutzhüllen zu umkleiden sind. Sie findet sich namentlich aber in den zahlreichen Bekanntmachungen des Bundesrats und des Reichskanzlers über die Arbeit in den sogenannten gefährlichen Betrieben.[9]

Eine Zusammenstellung erübrigt sich wohl an dieser Stelle. Sie würde zu sehr ins Einzelne führen. Jedoch sei darauf aufmerksam gemacht (worauf nicht überall geachtet wird), daß diese Schutzvorschriften in zwei große Gruppen zerfallen, nämlich einmal in solche, die generell allen Arbeitern gegenüber zu beachten sind, sodann aber in solche, bei denen individuelle Rücksicht zu üben ist. Diese letzteren spezialisieren sich von großen Gruppen anfangend, wie z. B. weibliche, oder jugendliche

---

indem der Dienstherr dem Dienstpflichtigen ungesunde Räume, in denen die Dienste verrichtet werden sollen, gewährt."

7) So auch Dernburg B.G.B. § 305 II, 2; an anderer Stelle (§ 307 III, 1) spricht er freilich nur von den Folgen der unerlaubten Handlungen, vgl. auch Staudinger Note IV zu § 618 B.G.B.

8) Hahn, Anwendung des § 618 B.G.B. auf Arbeitsverhältnisse in weiterem Sinne. Gruchot 45 S. 213—219; Nußbaum, Anwendung der §§ 618, 619 B.G.B. auf das Gesinderecht (Jur. Ztg. IV Jahrg. S. 858).

9) Vgl. Bekanntmachung, betr. Einrichtung und Betrieb von Anlagen zur Anfertigung von Zündhölzern unter Verwendung von weißem Phosphor vom 8. Juli 1893 (R.G.Bl. 209); Bekanntmachung, betr. Einrichtung und Betrieb der Bleifarben- und Bleizuckerfabriken vom 8. Juli 1893 (R.G.Bl. 213). Auch Gesetze gehören hierher. Vgl. z. B. Ges. vom 13. Mai 1884 betr. die Anfertigung und Verzollung von Zündhölzern; vgl. einschlägige Bestimmungen im Gesetze über das Auswanderungswesen vom 9. Juni 1897, und den dazu ergangenen Bestimmungen über den Geschäftsbetrieb der Auswanderungsunternehmer und Agenten vom 14. März 1898 (R.G.Bl. S. 39).

(noch nicht 18 Jahre alte) Arbeiter bis in ganz ins Besondere gehende Unterschiede: Schwangere, Trinker, Lungenleidende, solche mit offenen Wunden an den Händen usw.

In allen diesen Fällen ist das Tatbestandsmerkmal der Vertretungspflicht des Dienstherrn besonders umschrieben, und wenn infolge Nichtbeachtung Dienstunfähigkeit des Arbeiters eintritt, hat nicht allein die in B. G. B. § 618 Abs. 3 festgesetzte Rechtsfolge einzutreten, sondern abgesehen davon bleibt nach B. G. B. § 324 der Lohnanspruch für die Vertragszeit bestehen.

Eine Konkretisierung der Vertretungspflicht[10] findet sich auch in andern Gesetzen wieder, so kann z. B. nach Seemannsordnung § 61 der Schiffsmann — und zwar nach § 63 eod. unbeschadet seines Anspruchs auf die Heuer — seine Entlassung fordern, wenn sich der Schiffer einer schweren Verletzung seiner ihm gegen denselben obliegenden Pflichten, insbesondere durch Mißhandlung oder durch grundlose Vorenthaltung von Speise und Trank schuldig macht. Ferner wird nach Eisenbahnverkehrsordnung § 20 Abs. 3, wer die vorgeschriebene Ordnung nicht beobachtet, sich den Anordnungen der Bediensteten nicht fügt, oder den Anstand verletzt, ohne Anspruch auf den Ersatz des bezahlten Fahrgeldes von der Mitfahrt ausgeschlossen; namentlich dürfen trunkene Personen zur Mitfahrt nicht zugelassen werden.

In anderen Fällen, wo die Vertretungspflicht nicht derart spezialisiert ist, kann es sehr zweifelhaft werden, ob eine solche nach B. G. B. § 324 überhaupt vorkommen könne. So wird zum Mäklervertrage ausgeführt[11], hier sei eine vom Auftraggeber zu vertretende Unmöglichkeit kaum denkbar, da dieser das Recht habe, den Erfolg der gegnerischen Tätigkeit beliebig zu vereiteln, indem er kündige oder den Abschluß des Geschäfts verweigere, oder unter Umgehung des Mäklers das Geschäft selbst abschließe. In Übereinstimmung mit der Theorie und Praxis[12] ist dies für die ergänzende gesetzliche Regelung des Mäklervertrags sehr wohl zuzugeben; es wird aber gerade hier sehr häufig ein Anderes vertragsmäßig ausbedungen werden.

Prinzipielle Schwierigkeiten der Anwendbarkeit des B. G. B. § 324 sind wohl bei keinem gegenseitigen Vertrage gegeben außer beim Gesellschaftsvertrage.

10) Jedoch so, daß die Sonderfolgen daran angeknüpft sind ohne besondere Rücksicht darauf, ob der Dienstverpflichtete dadurch in Unmöglichkeit der Dienstleistung gesetzt ist.
11) Kisch S. 5 auch eod. Note 13; vgl. übrigens auch Staudinger Note 4 vor § 652.
12) Zitate bei Kisch a. a. O.

Doch auch hier wird zumeist die Anwendbarkeit grundsätzlich zugegeben. Daß die Kündigungsbefugnis des B.G.B. § 723 nicht im Wege steht, ist bereits früher hervorgehoben. Knoke meint aber[13], es entspreche dem Interesse des unschuldigen Gesellschafters nicht, daß der Schuldige seine Leistung in die Gesellschaftskasse zu bewirken habe, also auch selbst wieder die Vorteile der Einbringung genieße. Die Konsequenzen, die er aus diesem Gedanken zieht, führen ihn dazu, die Anwendbarkeit nur derart zu denken, daß der schuldige Mitgesellschafter außer seiner weiteren Leistungspflicht auch verpflichtet sei, dem Andern den Wert der einzubringenden Sache zu ersetzen. Der Gesellschafter, dessen Leistung unmöglich geworden sei, sei dann verpflichtet, statt des Gegenstands, welchen er nicht mehr leisten könne, den Ersatz in die Gesellschaftskasse einzubringen. Nicht eben falsch, wie Nicolai[14] behauptet, ist es, wenn im Verfolg dieses Gedankens Knoke fortfährt, der Anspruch gegen den Mitgesellschafter erhalte deshalb den Inhalt, daß er seinen eigenen Beitrag und den Ersatz in die Gesellschaftskasse leiste, denn wenn der Mitgesellschafter die Leistung des Ersatzes an sich selbst verlangen kann, kann er, soweit der Andere dadurch nicht besonders beschwert wird, auch die Leistung an die gemeinschaftliche Kasse verlangen.

Aber vorausgesetzt ist von Knoke ohne weiteres, daß ein Ersatzanspruch überhaupt erwachsen sei. Es kann zugegeben werden, daß in den weitaus meisten Fällen ein solcher gegeben sein wird; soweit dies jedoch nicht der Fall ist, muß es schon bei der „mechanischen Anwendung" des B.G.B. § 324 verbleiben. Das führt allerdings besonders dann zu keinem recht befriedigenden Resultate, wenn die Gesellschaft aus mehr als zwei Gesellschaftern A, B, C und D besteht und die Leistung des einen, B, nicht durch alle, sondern nur durch einen[15] der anderen, A, unmöglich gemacht wird: dann ist das Verhältnis A zu C und C zu D unberührt geblieben.[16] Im Verhältnis B zu C und B zu D ist auf seiten des B der Tatbestand der zufälligen Unmöglichkeit des B.G.B. § 323 eingetreten, und nur im Verhältnis A zu B greift § 324 Platz. — Aber, wie gesagt, das sind Ausnahmefälle, für die sich kaum ein praktisches Beispiel finden lassen wird. In der Regel tritt das von

13) a. a. O. S. 47.
14) Nicolai S. 82.
15) Hierzu vgl. Nicolai S. 84, auch Kisch S. 247, 17, 88.
16) Hat B einen Ersatzanspruch, so haben ihn jedenfalls C und D auch insoweit, als der Ersatz weniger für die Gesellschaft wert ist, als die ursprünglich einzubringende Leistung.

A dem B zu verschaffende Kommodum ohne weiteres an die Stelle der unmöglich gemachten Leistung des B.

§ 17. B.G.B. § 325 in den einzelnen Schuldverhältnissen.

Bei der Anwendung des B.G.B. § 325 auf die einzelnen Verträge ist zu beachten, daß hier zum Teil bezüglich der Rechtsfolge des Schadensersatzanspruches, zum anderen aber bezüglich der Rücktrittsfolge Modifikationen eintreten.

So ist z. B. der Schadensersatzanspruch[1] modifiziert[2] in H.G.B. § 430, wonach, wenn auf Grund des Frachtvertrags von dem Frachtführer für gänzlichen oder teilweisen Verlust des Gutes Ersatz geleistet werden muß, nur der gemeine Handelswert und in dessen Ermangelung der gemeine Wert zu ersetzen ist, welchen Gut derselben Art und Beschaffenheit am Orte der Ablieferung in dem Zeitpunkte hatte, in welchem die Ablieferung zu bewirken war, und hiervon kommt noch in Abzug, was infolge des Verlustes an Zöllen und sonstigen Kosten, sowie an Fracht erspart ist. Dieselbe Bestimmung findet sich für die Eisenbahn widerholt in § 80 der Verkehrsordnung.

In gewissen Fällen der Vertretungspflicht freilich kann der volle Ersatz gefordert werden, aber nur wenn der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Frachtführers oder der Eisenbahn herbeigeführt ist. (H.G.B. § 430 Abs. 3, Eisenbahnverkehrsordnung § 88.)

Viel eingreifender sind die Modifikationen, die für das Rücktrittsrecht normiert sind. Hier kommt zunächst die Bestimmung des B.G.B. § 454 in Betracht: „Hat der Verkäufer den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet, so steht ihm das in § 325 Abs. 2 (und in § 326) bestimmte Rücktrittsrecht nicht zu.“ Wenn Planck[3] hierzu behauptet: „Unter den Voraussetzungen des § 454 ist der Käufer auf den Schadensersatz wegen Nichterfüllung beschränkt“, so stimmt dies wohl nicht ganz. Er hat doch jedenfalls auch die Rechte aus B.G.B. § 323. Wenn man die Bestimmung darauf zurückführt, mit der Stundung des Kaufpreises sei der innere Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung,

---

1) Vgl. Jacobi, Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326 unter Berücksichtigung des Kaufvertrages. Erlanger Diss. 1902.

2) Besonders hervorgehoben ist er in B.G.B. § 498 Abs. 2: „Hat der Wiederverkäufer vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts eine Verschlechterung, den Untergang oder eine aus einem anderen Grunde eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe des gekauften Gegenstandes verschuldet . . ., so ist er für daraus entstehenden Schaden verantwortlich.“

3) Note 2a zu § 454.

welcher das Wesen des synallagmatischen Vertrags ausmache, zerrissen, so ist bereits hiergegen richtig darauf hingewiesen[4], daß die Zug um Zug-Leistung nicht eben das Wesen des gegenseitigen Vertrages ausmache; und gegen den üblichen Grund, der Verkäufer habe voraussehen können, daß der Kaufgegenstand verbraucht oder veräußert sei[5], er habe also gewissermaßen auf den Rücktritt verzichtet, läßt sich wohl einwenden, daß durch Unterstellung von Parteiintentionen, für die ja in concreto alle Anhaltspunkte fehlen können, nichts erklärt werden kann. Richtig ist, worauf ebenfalls schon aufmerksam gemacht ist[6], daß für den Käufer die Rückleistung dessen, was er empfangen hat, in manchen Fällen tatsächlich unmöglich, in manchen äußerst schwierig und kostspielig sein würde; richtig auch der Grund[7], der Käufer solle unbesorgt über den gekauften Gegenstand verfügen können; er solle nicht der Gefahr ausgesetzt sein, die Sache später infolge der Rücktrittserklärung zurückgeben zu müssen. Diese Gründe können bereits genügen, die Bestimmung des B.G.B. § 454 als richtiger Rechtsetzung entsprechend erscheinen zu lassen, so daß es der Unterstellung besonderer Parteiabsichten kaum bedürfen wird.[8]

Am meisten wird die Zulässigkeit des Rücktritts bei den einzelnen Verträgen angefochten, weil *besondere Rechtsbehelfe gegeben seien*: beim Kaufe[9] und Werkvertrage[10] die Wandlung, statt des teilweisen Rücktritts die Minderung; bei Miete, Dienstvertrag und Gesellschaft aber die Kündigung.

Daß die besonderen *Voraussetzungen* dieser besonderen Rechtsbehelfe zu dem allgemeinen Unmöglichkeitstatbestande, insbesondere zu dem der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit, nicht stimmen, ist des öfteren bereits ausgeführt; es stimmen aber nicht einmal in der Ausgestaltung die *Rechtsfolgen*: Es gehen zwar Rücktrittsrecht und *Wandlung* im Prinzip übereinstimmend[11] dahin, den Käufer von der Kaufgeldschuld zu befreien oder, wenn er bereits gezahlt hat, ihm den Kaufpreis zurückzugewähren; und man kann infolgedessen das Recht der Wandlung als ein Rücktrittsrecht bezeichnen. Dann muß man aber zum

4) Paech S. 170. 5) Schreier S. 62.
6) Schreier a. a. O. 7) Paech S. 170.
8) Vgl. zu § 454: R.G. 50, 138. Neumann Note 1 zu § 454.
9) Vgl. Schellen, Gesetzl. Rücktrittsrecht beim Kaufe nach gem. R. u. B.G.B. Leipziger Diss. 1902.
10) Zu diesem vgl. Titze S. 305, andrerseits aber auch Dernburg B.G.B. § 320, V.
11) Kalthoff S. 28.

wenigsten auch hervorheben, daß es „in mancher Beziehung eigenartig normiert" sei.[12]

In der Tat sind der Unterschiede zwischen Rücktritt und Wandlung mehr, als man zunächst denken sollte. In den bisherigen Zusammenstellungen[13] finden sich bereits gegenübergestellt (es ist aber natürlich auch hier wieder vorauszusetzen, daß Mängel und Unmöglichkeit, wie oben ausgeführt, im konkreten Tatbestande beide vorliegen):

1. Wegen jedes Fehlers — also auch bei nur teilweiser Unmöglichkeit — ist Wandlung des Ganzen möglich.

2. Bei der Wandlung gelten die besonderen Vorschriften der B.G.B. §§ 469, 470 beim Verkauf mehrerer Sachen.

3. Die Wandlung ist auch noch möglich, wenn der Kaufgegenstand spezifiziert ist (nur darf sich der Mangel nicht schon vorher gezeigt haben), B.G.B. § 467 Satz 1 a. E.; andererseits § 352.

4. Bei der Wandlung besteht ein Anspruch auf Ersatz der Vertragskosten. B.G.B. § 467 Satz 2.

5. Während der Gläubiger, der nach § 325 zurücktritt, die Unmöglichkeit beweisen muß, braucht der Käufer, der zu den Rechtsmitteln des § 462 greift, den Mangel nur zu beweisen, wenn er die Sache als Erfüllung angenommen hatte; sonst muß der Verkäufer die Mangelfreiheit beweisen (B.G.B. § 363).[14]

6. Wandlung ist Vertragsofferte, Rücktritt einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Dies hat nach dem oben Ausgeführten wenigstens die Wirkung, daß der Wandelnde vom Moment des Einverständnisses des Anderen ab gebunden ist.[15]

Hiernach möchte es kaum zutreffend erscheinen[16], daß das Rücktrittsrecht zu dem Wandlungsrechte umgestaltet sei, und daß der Käufer die Aufhebung des Kaufs und Rückzahlung des Kaufpreises nur im Wege der Wandlung erreichen könne.[17] Daß die Motive ausführen[18], die ädilizischen Rechtsbehelfe seien zur Abschneidung chikanöser und verwickelter Prozesse aufgenommen, vermag diese Ansicht m. E. kaum zu begründen.

---

12) Bemerkungen des königl. preuß. Justizministers zum Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1891, S. 74.

13) Vgl. insbesondere Kalthoff S. 29—32 u. Titze S. 278 ff.

14) Titze S 282, Kalthoff S. 29.

15) Vgl. oben § 12 S. 115. Vgl. auch Knott S. 94, daselbst weitere Unterschiede.

16) Knott S. 91.

17) Eine besondere Streitfrage wegen der kurzen Verjährung der ädilizischen Ansprüche. — Kisch S. 147 gibt deshalb nur die Wandlung und Minderung.

18) Bd. II S. 225; vgl. auch Kalthoff S. 47.

Dieser Wunsch des Gesetzgebers würde auch bei Befolgung dieser Ansicht kaum in Erfüllung gehen.

Bei Miete, Dienstvertrag und Gesellschaft soll es das Kündigungsrecht sein, welches das Rücktrittsrecht beiseite schiebe.[19] Aber auch hier sind die Verschiedenheiten im Tatbestand bereits genügend hervorgehoben, und Verschiedenheiten in den Rechtsfolgen sind gleichfalls vorhanden:[20] Die bekannteste ist, daß der Rücktritt das Vertragsverhältnis nach rückwärts zur Auflösung bringt, während die Kündigung den bisherigen Bestand unangetastet läßt und nur für die Zukunft das Vertragsverhältnis auflöst. Praktisch zeigen sich insbesondere folgende: Neben dem Rücktritt ist der Schadensersatzanspruch bestritten, unbestritten neben der Kündigung.[21] Ferner würde[22] z. B. ein Gesellschafter, wenn er kündigt, keinen Ersatz für die von ihm geleisteten Dienste und für die Überlassung einer Sache zum Gebrauche beanspruchen können (B.G.B. § 733 Abs. 2 Satz 3), während er im Falle des Rücktritts nach B.G.B. § 346 Satz 2 die Vergütung des Wertes zu verlangen berechtigt ist. Es scheint mir mithin nicht zutreffend, daß durch das Kündigungsrecht das Rücktrittsrecht beseitigt sei, daß „neben dem einen kein Raum für das andere mehr übrig sei".[23]

Bezüglich des Dienstvertrages z. B. hat Planck vollständig recht, wenn er ausführt:[24] „Wird das Dienstverhältnis vorzeitig dadurch

19) Das Kündigungsrecht als „besonders ausgestaltetes Rücktrittsrecht" u. a. bei Staudinger-Kober I zu § 542; vgl. übrigens auch I zu § 537.

20) Ein besonderer Sprachgebrauch bei Immerwahr, Kündigung S. 1: „Die Kündigung ist die einseitige Willenserklärung, welche die Beendigung eines Vertragsverhältnisses zum Ziele hat, dessen Fortdauer von dem freien Willen des Erklärenden abhängig ist. Sie gelangt daher in erster Linie bei zeitlich nicht bestimmten Verhältnissen zur Anwendung, deren Fortbestehen bei unveränderter Rechtslage unbegrenzt sein würde." — S. 2: „Kündbar sind nur solche Verhältnisse, deren Fortdauer in das freie Belieben des Kündigungsberechtigten gestellt ist. Damit ergibt sich der Unterschied zwischen der Kündigung im Rechtssinne und dem durch die Rechtsordnung in gewissen Fällen erlaubten Rücktritt vom Vertrage, welch letzterer im Sprachgebrauch — insbesondere bei Miets- und ähnlichen, eine längere Zeitdauer der Leistung erfordernden Verhältnissen — ebenfalls häufig Kündigung genannt wird. Denn hierbei bedarf es stets noch des Hinzutrittes eines äußeren, den Vertragszwecken widerstreitenden Ereignisses, welches den Erklärenden berechtigt, die Beendigung des Verhältnisses zu verlangen. Durch den Rücktritt wird also einem für längere Zeit geplanten, meist auch bestimmt befristeten Vertragsverhältnis ein vorzeitiges Ende bereitet."

21) Titze S. 286, Paech S. 173.

22) Planck Bd. II S. 455, Kisch S. 148. Daselbst weiter auch: bei teilweiser Unmöglichkeit ein teilweiser Rücktritt, während bei der Kündigung stets das ganze Vertragsverhältnis aufgelöst wird.

23) Titze S. 285 Note 3, S. 296 Note 10; Kisch S. 147 f. gibt daher auch beide Rechte nebeneinander.

24) Ziff. 4 zu B.G.B. § 628. — Dagegen kann sehr wohl auch B.G.B. § 628 ideal konkurrieren.

beendigt, daß die Leistung der Dienste unmöglich wird, so findet nicht der B.G.B. § 628 Anwendung, sondern die Folgen der Unmöglichkeit sind nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 323—325) zu beurteilen."[25]

Bei der Gesellschaft[26] kommt insbesondere[27] noch hinzu, daß auch bei einer aus mehr als zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft das Kündigungsrecht nach § 723 von jedem Gesellschafter einzeln, das Rücktrittsrecht aber nur von allen gemeinschaftlich oder auch nur gegen alle übrigen zusammen geltend gemacht werden kann.[28] Dies motiviert sich, wie dies entsprechend oben für das Wandlungsrecht bereits ausgeführt ist, dadurch, daß der Rücktritt das gesamte zugrunde liegende Vertragsverhältnis nach rückwärts beseitigen soll.

Auch das Abgehen vom Vertrage im Falle der vom anderen Teile zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung findet sich bei den besonderen Schuldverhältnissen wieder: So kann[29] der Schiffer den Schiffsmann vor Ablauf der Dienstzeit entlassen, „wenn der Schiffsmann durch eine unerlaubte Handlung eine Krankheit oder Verwundung sich zuzieht, welche ihn arbeitsunfähig macht."[30] Ferner kann gegenüber den Betriebsbeamten und Werkmeistern die Aufhebung des Dienstverhältnisses ohne weiteren Lohnanspruch verlangt werden, wenn sie durch eine längere Freiheitsstrafe an der Verrichtung ihrer Dienste verhindert werden.[31]

Übrigens findet sich auch für B.G.B. § 325 der Tatbestand der Vertretungspflicht zuweilen konkretisiert.[32]

---

25) So auch Kisch S. 148; vgl. auch Staudinger Note II zu § 615. „Hat der eine oder der andere Teil die Leistungsunmöglichkeit zu vertreten, so kommen, je nachdem diese Vertragspflicht den Leistungsgläubiger oder Leistungsschuldner trifft, die verschieden konstruierten allgemeinen Vorschriften der §§ 324, 325 zur Anwendung."

26) Die Anwendbarkeit wird im Prinzip zugegeben bei Planck II S. 455; Nicolai S. 91, auch Windscheid-Kipp II S. 732 läßt § 723 konkurrieren. Dagegen Knoke S. 49 und Matthiaß I S. 623.

27) Vgl. Planck II S. 455, Knoke S. 49, Nicolai S. 96.

28) Planck II S. 455. — Nach Knoke S. 49 schließt bei der nur aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft das Rücktrittsrecht die Anwendung des § 723 aus, „denn der Rücktritt hat weitergehende Wirkung als die Kündigung."

29) Seemannsordnung § 57 Nr. 4.

30) Dem ist wieder gleichgestellt, „wenn er mit einer syphilitischen Krankheit behaftet ist".

31) Gewerbeordnung § 133c Nr. 4.

32) Vgl. z. B. H.G.B. § 347 (Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns), H.G.B. § 429 (Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers), Rechtsanwaltsordnung § 28; kaiserliche Verordnung zur Verhütung des Zusammenstoßens der Schiffe auf See vom 9. Mai 1897 (R.G.Bl. S. 203).

Vierter Teil.

Die Anwendung der Vorschriften über den Verzug auf die einzelnen gegenseitigen Schuldverhältnisse.

§ 18. Nicht vergleichbare Fälle.

Derselbe Grund, aus dem die Einordnung der Sondervorschriften gegenüber dem B.G.B. § 325 verhältnismäßig einfach war: nämlich daß die Schuld oder doch die Vertretungspflicht auf der einen Seite liegt, ist auch für die Einzelanwendung des B.G.B. § 326 maßgebend. Auch ist hier schon um deswillen im wesentlichen das gleiche Ergebnis zu erwarten, weil, wie früher ausgeführt, im Tatbestand des § 326 derjenige des § 325 sich wiederfindet.

Wenn gleichwohl hin und wieder in der Litteratur auf Schwierigkeiten in der Anwendung aufmerksam gemacht wird, so sind dies zuweilen auch noch solche, die nur durch Mißverständnisse hervorgerufen sind, deren Grund auch hier wieder darin liegt, daß die zu vergleichenden Tatbestände nicht genügend scharf untersucht worden sind: Bei der Erörterung der Verzugsfolgen wird[1] auf die B.G.B. §§ 541 und 542 hingewiesen[2], wo vom Mangel im Recht und Nichtgewähr vertragsmäßigen Gebrauches bei der Miete die Rede ist. Aber auch z. B. den Verzug des Dienstberechtigten in Annahme der Dienste darf man an dieser Stelle mit der Sonderfolge des B.G.B. § 615 nicht erörtern, da ja, wie oben ausgeführt, eine Verpflichtung des Dienstherrn zur Annahme der Dienste überhaupt nicht besteht, dieser mithin nur in

1) Paech S. 172.

2) Vgl., daß die B.G.B. §§ 642, 643, 645 den § 326 ausschlössen, R. G. in J. W. 1903 Beil. S. 33 Nr. 68. Doch § 645 handelt von kasueller Unmöglichkeit und §§ 642, 643 nur vom Verzug in der allerdings synallagmatischen Spezifikationsverpflichtung; für den Fall des bloßen, nicht durch Spezifikationsverzug begründeten „Verzugs in Annahme des Werks", der dem Reichsgericht a. a. O. vorlag, sagt m. E. keiner der drei Sonderparagraphen etwas.

Gläubigerverzug, also noch nicht einmal in Schuldnerverzug geraten kann.[3] Damit aber eine Vergleichung mit dem B.G.B. § 326 überhaupt möglich sei, ist ja nicht bloß das Vorliegen eines Schuldnerverzuges Voraussetzung, sondern auch noch, daß dieser Verzug vorliege hinsichtlich einer Schuldverpflichtung, die sich als gegenseitige qualifiziert.[4]

Bei einzelnen Verpflichtungen, denen „unverzüglich" zu genügen ist — aus der großen Zahl sei beispielsweise nur an die Anzeigepflicht erinnert, die die Erben eines verstorbenen Gesellschafters gegenüber dessen Mitgesellschaftern haben, oder die der Erbschaftsverkäufer den Nachlaßgläubigern gegenüber hat (B.G.B. § 727, 2384) —, ist es zwar nicht schwer, sie als nichtsynallagmatische zu charakterisieren. Nach dem früher Ausgeführten ist die Anwendbarkeit des B.G.B. § 326 auch zu verneinen bei der „unverzüglichen" Ablehnung, die der Rechtsanwalt zu erklären hat, dessen Berufstätigkeit in Anspruch genommen wird, wenn er den Antrag nicht annimmt (Rechtsanwaltsordnung § 30).

Zweifelhafter aber sind folgende Fälle:

Nach H.G.B. § 377 muß der Käufer, falls der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, die Ware unverzüglich untersuchen, und wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich davon Anzeige machen. Die Rechtsfolge für den Fall der Zuwiderhandlung geht dahin, daß, wenn es sich um einen erkennbaren Mangel handelt, die Ware „als genehmigt gilt", also der Käufer die besonderen Sachmängelansprüche verwirkt. Ferner gilt nach B.G.B. § 625 das Dienstverhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn es nach dem Ablaufe der Dienstzeit von dem Verpflichteten mit Wissen des anderen Teils fortgesetzt wird, sofern nicht dieser andere Teil „unverzüglich"[5] widerspricht.

Keine Rechtsfolgen aber sind z. B. besonders normiert für den Fall, daß der Vorkaufsverpflichtete der nach B.G.B. § 510 ihm auf-

3) In § 615 sieht Staudinger-Kober Note I (vgl. 1 zu § 615 u. § 616) eine Modifizierung der Bestimmungen über Unmöglichkeit; Petersen S. 57 eine Ausnahme von den Regeln über die Einrede des nicht erfüllten Vertrags; Schollmeyer Note 4 zu § 324 eine Besonderheit gegenüber § 324 Abs. 2; auch O.L.G. Marienwerder in Seuff. Arch. Bd. 57. S. 361 u. R.O.L.G. Bd. 5 S. 32. — Daß eine Abweichung von den allgemeinen Vorschriften über Gläubigerverzug vorliege, vgl. bei Schreier S. 56; vgl. auch Staudinger Note III, 1 zu § 615; vgl. auch oben § 8 S. 83.

4) Wegen § 326 wird insbesondere um den Verzug des Verkäufers in Übergabe gestritten; vgl. Crome II § 217, 4; Sänger, Verzug beim Kauf nach heutigem Recht unter Vergleichung des alten Handelsrechts. Leipziger Diss. 1902; Strübe, Folgen des Verzugs beim Handelskauf, Bad. Annalen 65. Jahrgang.

5) Bei der Miete ist nach B.G.B. § 568 hier eine Frist von zwei Wochen eingesetzt.

erlegten Verpflichtung, dem Vorkaufsberechtigten den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags unverzüglich mitzuteilen, nicht nachkommt, oder der Bauunternehmer die von ihm dem Besteller nach B.G.B. § 650 Abs. 2 unverzüglich zu machende Anzeige von der zu erwartenden Überschreitung des Anschlags verabsäumt.

Zweifellos sind beides Schuldnerverpflichtungen, und die allgemeinen Folgen des Schuldnerverzugs knüpfen sich an ihre schuldhafte Verzögerung. Als gegenseitige Verpflichtungen aber, so daß auch die Besonderheit des § 326 konkurrierte, sind sie nicht anzusehen, da sie wohl nicht im Äquivalentsverhältnis stehen.

Die weitaus meisten Fälle aber, die m. E. zu Unrecht zur Vergleichung herangezogen werden, sind diejenigen der sogenannten objektiven Mora. Wiederum ist es einige Gleichheit der Rechtsfolgen, die in erster Linie zu dieser Gegenüberstellung verleitet hat, so z. B. die Tatsache, daß in einigen Fällen ein Rücktrittsrecht besonders gegeben ist.

Wenn nämlich (Verlagsgesetz § 30) das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig abgeliefert wird, so kann der Verleger, statt den Anspruch auf Erfüllung geltend zu machen, dem Verfasser eine angemessene Frist zur Ablieferung mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne, und er ist nach deren Ablauf berechtigt, von dem Vertrage zurückzutreten, und zwar, wie nach B.G.B. § 326: wenn nicht das Werk rechtzeitig abgeliefert worden ist. Und wie dort allgemein der Anspruch auf Erfüllung, so ist hier der Anspruch auf Ablieferung des Werkes ausgeschlossen.[6] In anderen Fällen „objektiver Mora" ist sofort das Rücktrittsrecht gegeben, z. B. für das Fixgeschäft des B.G.B. § 361 oder für den Handelsfixkauf des H.G.B. § 376; im letzten Falle noch mit der Besonderheit, daß der Käufer Erfüllung nur beanspruchen kann, wenn er sofort dem Gegner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe.

6) Es finden sich auch einige Ausnahmen: nicht zwar die Bestimmung des Abs. 3, wonach der Rücktritt ausgeschlossen ist, wenn die nicht rechtzeitige Ablieferung des Werkes für den Verleger nur einen unerheblichen Nachteil mit sich bringt; denn diese Ausnahme würde durch Anwendung richtigen Rechtes auch bei der allgemeinen Vorschrift zu machen sein. Wohl aber insofern, als die Entbehrlichkeit der Fristbestimmung allgemein nur für den Fall verordnet ist, daß die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs für den anderen Teil kein Interesse hat, während sie in diesem Sonderfall erst Platz greift, wenn der sofortige Rücktritt vom Vertrage durch ein besonderes Interesse des Verlegers gerechtfertigt wird (oder die rechtzeitige Herstellung des Werkes unmöglich ist oder von dem Verfasser verweigert wird).

Am bemerkenswertesten ist in diesem Zusammenhange die (wohl nicht recht glücklich redigierte) Vorschrift des B.G.B. § 636, wonach, wenn das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig hergestellt wird, die für die Wandlung geltenden Vorschriften des B.G.B. § 634 Abs. 1—3 entsprechende Anwendung finden, an die Stelle des Anspruchs auf Wandlung aber das Recht des Bestellers treten soll, nach § 327 von dem Vertrage zurückzutreten. Gemeint ist wohl nur, daß die Nichtrechtzeitigkeit der Werkherstellung als Mangel angesehen und mit der Rechtsfolge des Rücktrittsrechts des Bestellers ausgestattet werden soll;[7] eines Rücktrittsrechts noch dazu, auf das der — wie oben ausgeführt recht seltene — Sonderfall des Satz 2 des B.G.B. § 327 Anwendung findet: „Erfolgt der Rücktritt wegen eines Umstandes, den der andere Teil nicht zu vertreten hat, so haftet dieser nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung."

In einer Reihe anderer Fälle ist es der Schadensersatzanspruch, der entweder wiederholt oder begrenzt oder ausgeschaltet wird:

So hat nach dem Binnenschiffahrtsgesetz § 37 der Absender, der nach Antritt der Reise den Transport durch Wiederausladung verzögert, nicht nur „die hierdurch entstandenen Mehrkosten, sondern auch den Schaden zu ersetzen, welcher aus dem durch die Wiederausladung verursachten Aufenthalt dem Frachtführer entsteht." Nach H.G.B. § 466 haftet die Eisenbahn für den Schaden, welcher durch Versäumung der Lieferfrist entsteht, es sei denn, daß die Verspätung von einem Ereignis herrührt, welches sie weder herbeigeführt hat, noch abzuwenden vermochte. Der Schaden wird aber nur insofern ersetzt, als er mangels besonders angegebenen Lieferungsinteresses den Betrag der Fracht nicht übersteigt.[8] Nach dem Postgesetz § 6 Abs. 2 leistet die Post für verzögerte Beförderung oder Bestellung besonders bezeichneter Gegenstände dann Ersatz, wenn diese dadurch verdorben sind, oder ihren Wert bleibend ganz oder teilweise verloren haben. Auf eine Veränderung des Kurses oder marktgängigen Preises wird jedoch hierbei keine Rücksicht genommen. Nach der Eisenbahnverkehrsordnung § 19 Abs. 2 steht dem Reisenden, welcher die Abfahrtszeit versäumt, ein Anspruch weder auf Rückerstattung des Fahrgeldes noch irgend eine andere Entschädigung zu.[9]

---

7) So auch das Reichsgericht in Jur. W. 1902 Beil. S. 275 f.
8) Bezüglich des Reisegepäcks vgl. Eisenbahnverkehrsordnung § 36.
9) Vgl. eod. Abs. 3.

In anderen Fällen werden sowohl Rücktritts- als auch Schadensersatzrechte bei bloßer Leistungsverzögerung gegeben. Nach dem Auswanderungsgesetz §§ 27, 28 ist der Unternehmer verpflichtet, den Auswanderern, falls eine nicht von ihnen selbst verschuldete Verzögerung der Beförderung länger als eine Woche dauert, den Rücktritt vom Vertrage zu gestatten und das gezahlte Überfahrtsgeld zurückzugewähren, unbeschadet der nach bürgerlichem Rechte ihnen etwa zustehenden Ansprüche auf Schadensersatz.[10] Nach Seemannsordnung § 28 ist der Schiffer, wenn der Schiffsmann den Dienstantritt länger als 24 Stunden verzögert, zum Rücktritt von dem Heuervertrag befugt. Die Ansprüche für etwaige Mehrausgaben für einen Ersatzmann und wegen sonstiger aus der Verzögerung erwachsenen Schäden werden hierdurch nicht berührt.[11] Diese beiden Fälle sind insbesondere noch deshalb interessant, weil sie anscheinend das Rücktrittsrecht kumulativ zu dem Schadensersatzanspruch geben. Doch kann dies immerhin zweifelhaft sein und würde, selbst wenn es hier besonders verordnet sein sollte, dem Regelfall nicht präjudizieren.

Nach Binnenschiffahrtsgesetz § 36 ist der Frachtführer, wenn der Absender nach erklärtem Rücktritt die Wiederausladung über die Wartezeit hinaus verzögert, außer auf Schadensersatz auch berechtigt, die Güter selbst auszuladen und in einem öffentlichen Lagerhaus oder in anderer sicherer Weise zu hinterlegen. Nach H. G. B. § 601 ist der Schiffer befugt, wenn der Empfänger die Abnahme verzögert, die Güter ebenfalls zu hinterlegen.[12] Nach Eisenbahnverkehrsordnung § 70 hat die Empfangsstation, wenn der Empfänger die Annahme oder Abnahme verzögert, falls die Einholung besonderer Anweisung des Absenders untunlich, oder der Absender mit der Erteilung der Anweisung säumig ist, das Gut auf Lager zu nehmen oder bei einem öffentlichen Lagerhaus oder einem Spediteur zu hinterlegen.

Zuweilen ist vorgeschrieben, daß die bloße Verzögerung überhaupt keine besonderen Rechtsfolgen haben solle: Beim Güterfrachtvertrag im Seehandel bestimmt H. G. B. § 637: „Abgesehen von den Fällen der §§ 629—636 hat ein Aufenthalt, den die Reise vor oder nach ihrem

10) In jedem Falle auch ohne besondere Vergütung Unterkunft und Verpflegung zu gewähren; vgl. übrigens auch Ausführungsbestimmungen § 5 Nr. 15, 16.

11) Nach § 29 eod. kann er auch den Schiffsmann zur Erfüllung seiner Pflicht zwangsweise anhalten lassen.

12) Binnenschiffahrtsgesetz § 54 verlangt hier aber nicht bloß Abnahmeverzögerung, sondern Abnahmeverzug!

Antritte durch Naturereignisse oder andere Zufälle erleidet, auf die Rechte und Pflichten der Parteien keinen Einfluß.[13]

In anderen Fällen ist Rechtsverwirkung die Folge objektiver Mora: So ist nach dem Depotgesetz § 6 die Folge einer Fristversäumung des Kommissionärs in Übersendung des Stückeverzeichnisses diejenige, daß er seine Provisionsforderung verwirkt. Nach H.G.B. § 570 braucht der Verfrachter nach dem Ablauf der Ladezeit oder etwa vereinbarter Überliegezeit nicht länger zu warten, ebenso auch nicht, wenn die Löschung vertragsmäßig bis zu einem bestimmten Tag beendigt sein muß, und zwar selbst dann nicht, wenn die Beförderung jeder Art von Ladung von dem Schiffe an das Land verhindert ist (H.G.B. § 600).[14]

Zu dieser Rechtsverwirkung treten mitunter noch besondere Belastungen: So ist nach Binnenschiffahrtsgesetz § 34, wenn der Absender bis zum Ablaufe der Wartezeit keine Ladung geliefert hat, der Frachtführer an den Vertrag nicht länger gebunden und befugt, von dem Absender ein Drittel von der bedungenen Fracht als Entschädigung zu verlangen. Hierdurch wird ein bereits begründeter Anspruch auf Liegegeld nicht berührt. Nach Binnenschiffahrtsgesetz § 30[15] hat nämlich der Frachtführer, wenn der Absender die Ladung nicht so zeitig liefert, daß die Beladung innerhalb der Ladezeit vollendet werden kann, Liegegeld zu beanspruchen für jeden Tag, um welchen infolgedessen die Ladezeit überschritten wird.

Nicht vergleichbar sind endlich auch folgende Fälle der objektiven Mora:

Bei Transportverzögerung hat nach H.G.B. § 638 der Befrachter die Wahl, ob er die ganze Ladung an dem Orte, wo sich das Schiff befindet, gegen Berichtigung der vollen Fracht zurücknehmen oder die Wiederherstellung abwarten will.[16] Ferner hat nach H.G.B. § 671 der Reisende, wenn er das Ende der Verzögerung nicht abwartet, das

---

13) Mit der Einschränkung „es sei denn, daß der erkennbare Zweck des Vertrags durch einen solchen Aufenthalt vereitelt wird." Vgl. aber auch eod. Abs. 1 Satz 2 und 3 sowie Abs. 2.

14) Nach H.G.B. § 219 Abs. 1 kann den säumigen Aktionären, wenn die Einzahlung nicht rechtzeitig erfolgt, für die Zahlung eine Frist mit der Androhung bestimmt werden, daß sie nach dem Ablauf der Frist ihres Anteilsrechts und der geleisteten Einzahlung verlustig erklärt werden — eod. Abs. 3: „Zahlt ein Aktionär den auf die Aktie zu leistenden Betrag ungeachtet der Aufforderung nicht ein, so ist er seines Anteilsrechtes und der geleisteten Einzahlung zugunsten der Gesellschaft verlustig zu erklären."

15) Vgl. auch § 29 Abs. 2 und § 31.

16) Im letzteren Fall ist für die Dauer der Ausbesserung Fracht zu bezahlen, wenn diese nach Zeit bedungen war.

volle Überfahrtsgeld zu zahlen; wartet er aber, so hat ihm der Verfrachter ohne besondere Vergütung inzwischen Wohnung und Beköstigung zu gewähren.[17] Endlich hat der Reisende, der sich vor oder nach dem Antritt der Reise nicht rechtzeitig an Bord begibt, nach H.G.B. § 666 das volle Überfahrtsgeld zu bezahlen, wenn der Schiffer die Reise antritt oder fortsetzt, ohne auf ihn zu warten.

§ 19. Sonderfolgen des Verzuges in Erfüllung gegenseitiger Verpflichtungen.

Während alle im vorigen Paragraphen aufgeführten Fälle schon wegen andern Tatbestands mit der Verzugsregelung nicht recht vergleichbar sind, und höchstens die letzte Gruppe insofern in Betracht kommt, als man ganz allgemein sagen kann: was von der bloßen Verzögerung gilt, gilt natürlich erst recht vom Verzuge[1], so ist auch ohne Bestehen einer besonderen Spezialvorschrift — um der Rechtsfolgen willen — mitunter zweifelhaft, ob die allgemeine Bestimmung des B.G.B. § 326 verwendet werden darf.

So ist z.B. die Schadensersatzverpflichtung des § 326 m.E. unbrauchbar in allen Fällen, wo die synallagmatische Verpflichtung, mit der der Gegner im Verzuge ist, auf Geldzahlung geht. Man kann doch wohl nicht beim Verzug in der Kaufpreiszahlung den Schadensersatzanspruch des § 326 anwenden, also dem Käufer zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß man die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne, und dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.[2] Außerordentlich wertvoll ist allerdings gerade für diese Fälle das Rücktrittsrecht, das dem Verkäufer den Anspruch auf Rückgewähr der verkauften Sache gibt. Freilich hilft auch dieses nicht, wenn die Sache nicht mehr beim Käufer ist.

Zweifelhaft ist die Anwendbarkeit des Schadensersatzanspruches[3] beim Verzuge des Mieters in seiner Rückgabepflicht. Daß diese Pflicht synallagmatisch ist, folgt, wie früher ausgeführt, daraus, daß die Miete begrifflich nur zu zeitweiligem Gebrauche berechtigt. Zu Unrecht wird

17) Weitere Besonderheiten eod. Abs. 2.

1) In Spezialanwendung bei Paech S. 172 Note 9, S. 175.

2) Zu beachten ist, daß es sich nicht um den bloßen Verspätungsschaden (Verzugszinsen) handelt. — Andererseits vgl. Foertsch, Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Zahlungsverzug des Käufers vor Übergabe der Ware (Jur. Ztg. 1902 S. 64 bis 67); auch Loebbecke: „Inwieweit kann der Kaufpreis außer in Geld auch in anderen Sachen bestehen?" Leipziger Diss. 1902.

3) Anders natürlich beim bloßen Verzugsschaden des B.G.B. § 286 Abs. 1.

mithin eingewandt[4], hier handle es sich nicht so sehr um die Gegenleistung, es sei vielmehr nur die Abwickelung der vertraglichen Beziehungen bezweckt. Es wird aber weiter ausgeführt, der Verzug in der Rückgabe der gemieteten Sache könne nicht dazu führen, daß der Mieter sie bezahlen müsse, wie wenn er sie gekauft hätte. Auch Dernburg sieht in solcher Anwendung des B.G.B. § 326 eine höchst übertriebene Verzugsfolge, die nicht im Willen des Gesetzes liegen könne.[5] Nun ist zwar zuzugeben, daß in einzelnen Fällen sich das Schadensersatzverlangen gar nicht in eine Rechtsform wird bringen lassen: Welches ist z. B. die juristische Situation des Mieters eines Stockwerks, der nach Ablauf der Mietzeit schuldhaft nicht zurückgegeben hat, und der auch gegen stillschweigende Verlängerung des Vertrages protestiert hat, wenn ihm der Vermieter die Frist aus B. G. B. § 326 gesetzt hat und nunmehr die Annahme verweigern und Schadensersatz wegen Nichterfüllung (der Rücktritt kommt nicht in Betracht, weil er dem Vermieter nichts nützen würde) verlangen wollte? In anderen Fällen aber liegt wieder gar kein Grund vor, dem Vermieter dieses Recht zu verweigern. Warum soll ihm z. B. nicht gestattet sein, dem Mieter, der ihm schuldhaft das gemietete Pferd nach Beendigung der Mietzeit nicht zurückgibt, unter Fristsetzung anzudrohen, daß er nach Ablauf dieser Frist das Pferd nicht wieder zurücknehmen, sondern ersetzt verlangen werde? Wenn also auch die Rücktrittsfolge hier kaum praktisch werden wird, da das an den Mieter Geleistete (Gewähr zeitweiligen Gebrauches) nicht zurückgeschafft werden kann, so steht doch in der Regel der Anwendung der Schadensersatzfolge nichts im Wege. Der erste angeführte Beispielsfall ist wohl so ziemlich der einzige, in dem sie sich — und zwar deshalb, weil beim Verbot des Stockwerkseigentums sich kein rechtlicher Grund denken läßt, der dem Mieter das Stockwerk beließe — nicht wird durchführen lassen.[6]

Schwierigkeiten macht auch hier wieder die Anwendung auf das Gesellschaftsverhältnis. Daß das Kündigungsrecht nach B.G.B. § 723 der Anwendung der allgemeinen Vorschriften nicht im Wege steht[7], ist genugsam ausgeführt. Im Prinzip wird daher auch die Anwendbarkeit

4) Mittelstein, Miete (1900) S. 173.
5) Dernburg B.G.B. § 220 III.
6) Cosack I S. 471[b] billigt allgemein die Anwendbarkeit des § 326; vgl. auch Staudinger-Kober Note I, 3 zu § 556, auch die Note zu § 557.
7) Staudinger-Kober Note V[c] zu § 705 gibt das Kündigungsrecht nur bei „gröblichem" Verzuge.

des § 326 auf die Gesellschaft nicht bestritten.[8] Streit besteht nur darüber, welche von den Rechtsbehelfen bei einer aus mehr als zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft von den andern gemeinschaftlich geltend gemacht werden müssen: der Rücktritt wohl jedenfalls[9], da dieser die Gesellschaft völlig auflösen soll; Schadensersatzfolgen dagegen kann, wie früher ausgeführt, jeder Gesellschafter allein verlangen.

Nun gilt aber hier die Fristbestimmung. Muß auch diese gemeinschaftlich gesetzt werden? Knoke[10] und Nicolai[11] bejahen dies, und letzterer gibt dafür die Erklärung, wir hätten andernfalls ebensoviele angemessene Fristen, als Gesellschafter vorhanden seien, während doch die Angemessenheit der einen Frist im Hinblick auf die Gesellschaft überhaupt festgestellt werden müsse.

Dies zeigt jedoch nur, in welcher Richtlinie des Gedankens hier bei Beurteilung der Angemessenheit vorgegangen werden müsse, nicht aber, von wem die Frist gestellt werden könne. Im Gegenteil spricht der Umstand, daß die Frist eben immer nur in dieser einen Hinsicht angemessen sein kann, dafür, daß es ganz gleichgültig ist, ob sie von einem oder allen gesetzt wird. Ich meine: es wird stets ausreichen, daß einer sie setzt; und zwar, insoweit sie Vorbereitungsmittel für den Schadensersatzanspruch ist, weil dieser ja doch von jedem Gesellschafter einzeln und ohne Rücksicht auf die übrigen geltend gemacht werden kann, insoweit aber der allerdings von sämtlichen zu erklärende Rücktritt nachfolgen soll, deshalb, weil sie diesen ja doch eben nur erst vorbereitet. Wenn nur nach Ablauf der Frist sämtliche übrigen Gesellschafter zum Rücktritt einverstanden sind, so muß es ganz gleichgültig erscheinen, ob die ja doch gesetzte und abgelaufene Frist bereits von ihnen allen gesetzt worden ist.

Was nun die gesetzlich besonders normierten Folgen des Verzugs in synallagmatischer Verpflichtung angeht, so ist hier daran zu erinnern, daß, wie im ersten Teile ausgeführt[11a], die Rechtsfolgen des Verzugs in synallagmatischer Verpflichtung in B.G.B. § 326 durchaus nicht erschöpfend und in Einarbeitung der sämtlichen noch allgemeineren Rechtsfolgen (wie die Unmöglichkeitsfolgen in B.G.B. § 325) bestimmt

8) Planck II S. 455; Knoke S. 50; Nicolai S. 102.
9) Staudinger-Kober Note V° zu § 705.
10) Knoke a. a. O.: „Denn andernfalls könnte der Einzelne das Recht seiner Mitgesellschafter auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung durch eine einseitige Handlung beseitigen." Vgl. aber auch das oben über die Wahlrechte nach § 325 Gesagte.
11) Nicolai S. 103 f.
11a) Vgl. oben S. 64.

sind: Es bleiben vielmehr die allgemeinen Folgen der B.G.B. §§ 286 ff. neben denen aus B.G.B. § 326 bestehen, also namentlich der Anspruch auf Verspätungsschaden (§ 286), der Gefahrübergang auf den im Verzug Befindlichen (§ 287) und der Anspruch auf Verzugszinsen (§ 288). Es sei weiter daran erinnert, daß nur das im § 326 normierte Rücktrittsrecht keinen Vorgang in der allgemeinen Regelung hat, daß aber das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung — wenigstens insoweit das Interesse an der Erfüllung entfallen ist, es also keiner Fristbestimmung bedarf — sich auch in der allgemeinen Regelung bereits vorfindet (vgl. B.G.B. § 326 Abs. 2 mit § 286 Abs. 2).

In der Einzelregelung finden sich erklärlicherweise auch Vorschriften, die diese allgemeinen Verzugsfolgen wiederholen oder modifizieren.

Auf alle (auch die nicht synallagmatischen) Verzugsfolgen weisen zurück die Fälle, die einfach betonen, daß die allgemeine Regelung Anwendung zu finden habe. So bestimmt § 30 Abs. 4 des Verlagsgesetzes: „Durch diese Vorschriften werden die im Falle des Verzugs des Verfassers dem Verleger zustehenden Rechte nicht berührt"; und B.G.B. § 636 Abs. 1 Satz 2 bestimmt: „Die im Falle des Verzugs des Unternehmers dem Besteller zustehenden Rechte bleiben unberührt". Doch findet sich im letzteren Falle bereits eine Abweichung, nämlich hinsichtlich der Beweislast: „Bestreitet der Unternehmer die Zulässigkeit des erklärten Rücktritts, weil er das Werk rechtzeitig hergestellt habe, so trifft ihn die Beweislast" (a. a. O. Abs. 2).

Hingewiesen wird auf das Recht auf den Verspätungsschaden, z. B. durch H.G.B. § 466 Abs. 4, wonach die Eisenbahn für den Ersatz des „vollen Schadens" haftet. — Das bedeutet aber nur (in Abweichung von den besonderen Berechnungsvorschriften des Abs. 2) nach Abs. 1 eod. denjenigen „welcher durch die Versäumung der Lieferfrist entsteht". Allerdings liegt eine Modifikation im Tatbestand vor: die Versäumung der Lieferfrist muß durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt sein. Nach Binnenschiffahrtsgesetz § 62 haftet der Frachtführer für den durch verspätete Ablieferung des Gutes entstandenen Schaden, es sei denn, daß die Verspätung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnte, nach Annahme des Gutes und Frachtzahlung aber nur, wenn der Frachtführer die Verspätung durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat. Nach B.G.B. § 545 ist der Mieter, der mit der Mängel-

anzeige in Verzug kommt, zum Ersatze des daraus (d. h. aus der Verspätung) entstehenden Schadens verpflichtet, außerdem verwirkt er die ihm sonst (nach §§ 537 und 542) zustehenden Rechte.

Die Verpflichtung zur Entrichtung von Verzugszinsen ist für den Verzug des Mitrheders in Leistung seines Beitrags ausgesprochen in H.G.B. § 500 Abs. 2.[12]

Auch die allgemeine Rechtsfolge des Gefahrüberganges findet sich in der Einzelregelung wieder. B.G.B. § 644 Abs. 1 Satz 2 bestimmt: „Kommt der Besteller in Verzug der Annahme, so geht die Gefahr auf ihn über".[13] Daß dieser Annahmeverzug nämlich kein Gläubigerverzug ist, folgt daraus, daß die Annahmeverpflichtung des Bestellers eine Schuldnerverpflichtung und zwar, wie früher ausgeführt, gerade eine synallagmatische Schuldnerverpflichtung ist.[14]

Streng genommen kann man auch diese Fälle mit B.G.B. § 326 nicht vergleichen, weil sie sich auf nicht dort normierte, wenn auch noch allgemeiner geltende Rechtsfolgen beziehen.

Die Rücktrittsfolge des § 326 findet sich modifiziert in den aufeinanderfolgenden, aber einander scharf gegenüberstehenden B.G.B. §§ 454 und 455. Der erstere bestimmt, daß dem Verkäufer, der den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat, das im § 326 bestimmte Rücktrittsrecht nicht zusteht. Die Bestimmung ist schon bei den Sonderfolgen der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit herangezogen. Ihr Grund ist dort und hier derselbe, und sie zeigt ganz besonders, wie auch in der Einzelanwendung der parallele Charakter der beiden Vorschriften aus §§ 325 und 326 erkannt und festgehalten wird.[15]

---

12) Für den Fall der bloßen Zögerung festgesetzt in § 20 des R. G. betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: „Ein Gesellschafter, welcher den auf die Stammeinlage eingeforderten Betrag nicht zur rechten Zeit einzahlt, ist zur Entrichtung von Verzugszinsen von Rechts wegen verpflichtet." Vgl. auch H.G.B. § 111: „Ein (offener Handels-) Gesellschafter, der seine Geldeinlage nicht zur rechten Zeit eingezahlt ..., hat Zinsen von dem Tage an zu entrichten, an welchem die Zahlung ... hätte geschehen sollen"; und H.G.B. § 218: „Ein Aktionär, welcher den auf die Aktie eingeforderten Betrag nicht zur rechten Zeit einzahlt, hat Zinsen von dem Tage an zu entrichten, an welchem die Zahlung hätte geschehen sollen."

13) Vgl. B.G.B. § 324 Abs. 2.

14) Oben S. 84. Vgl. hierzu Schreier S. 33: „Die Bestimmung des § 644 Abs. 1 Satz 1 würde eine Unbilligkeit und zugleich einen Widerspruch mit anderen Grundsätzen über die gegenseitigen Verträge enthalten im Falle eines Annahmeverzugs des Bestellers, daher § 644 Abs. 1 Satz 2."

15) Vgl. Oben S. 150f.; S. 62ff. Vgl. auch die Reichsgerichtsentscheidung in Seuff. Arch. 57 S. 354ff.

Der B. G. B. § 455 dagegen bestimmt, daß beim Zahlungsverzuge des Käufers der Verkäufer im Zweifel — und zwar ohne Fristsetzung — zum Rücktritte vom Vertrage berechtigt sein soll, wenn er sich das Eigentum an der verkauften beweglichen Sache bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten hat.[16] Es ist dies eine offenbare Steigerung der Verzugsfolgen, die dadurch erklärt wird[17], es gelange in diesem Vorbehalte der Wille des Verkäufers zum Ausdrucke, daß die Vertragserfüllung für ihn des Interesses entbehre, wenn der Kaufpreis nicht rechtzeitig geliefert werde. Da die Vorschrift nur mit dem Geltungsanspruch einer Auslegungsregel auftritt, läßt sich in dieser Weise wohl argumentieren. Ferner findet sich die Erwägung[18]: „Hier hat der Verkäufer dem Käufer bereits eine Frist für die Bezahlung des Kaufpreises gestattet. Die Einräumung einer neuen Frist würde wenig helfen. Der Käufer würde wahrscheinlich während der neuen Frist ebensowenig in der Lage sein, den Kaufpreis zu bezahlen, wie während der verflossenen." Ich möchte hinzufügen: Und wenn er schon in der Lage wäre zu bezahlen, so wäre doch dem Verkäufer eine erneute Fristbestimmung nicht anzusinnen.

Häufiger sind die Fälle, die auf den Schadensersatz wegen Nichterfüllung zurückweisen. Nach B. G. B. § 538 hat der Mieter, wenn der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug kommt, das Recht (statt Mietzinsbefreiung oder Minderung) — ohne Fristsetzung — Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Wenn ihm weiter das Recht gegeben wird, den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen, so ist hier ganz richtig darauf hingewiesen[19], daß dies nur eine Modifikation des Erfüllungsanspruches sei. So kann auch der Besteller, wenn der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzuge ist, den Mangel selbst beseitigen und den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen (B. G. B. § 633 Abs. 3).[20] Einen hierher gehörigen Fall enthält ferner § 4 des Depotgesetzes, wonach, wenn der Kommissionär mit der Erfüllung der ihm obliegenden Übersendung des Stückeverzeichnisses im Verzuge ist, und das Versäumte auf eine danach

16) Vgl. auch die Abzahlungsgeschäfte (R. G. vom 16. Mai 1894).

17) Paech S. 71.

18) Schreier S. 63.

19) Vgl. Paech S. 174.

20) Vgl. hierzu Staudinger Note II, 2° zu § 633; Dernburg B. G. B. § 321 II; Örtmann S. 355.

ergangene Aufforderung des Kommittenten nicht binnen drei Tagen nachholt, der Kommittent berechtigt ist, das Geschäft, als nicht für seine Rechnung abgeschlossen, zurückzuweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen. Ferner bestimmt H. G. B. § 376, daß beim Handelsfixkauf, falls der Schuldner im Verzuge ist, der andere Teil ohne weiteres Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann;[21] nur finden sich besondere Berechnungsmodalitäten in Abs. 2 und 3 eod.

Das Rücktrittsrecht ist, wie bereits erwähnt, im letzteren Falle schon bei bloßer Erfüllungsverzögerung gegeben, in den anderen eben genannten Fällen ist es nicht besonders aufgeführt; dennoch habe ich über seine Anwendbarkeit auch in diesen Fällen keinen Zweifel. Besonders mitumfaßt ist es in H. G. B. § 375: Wenn nämlich beim Spezifikationskauf der Käufer mit der Erfüllung der Spezifikationsverpflichtung, die als synallagmatische anzusehen ist[22], im Verzuge ist, so kann der Verkäufer „gemäß B. G. B. § 326 Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten." Er hat allerdings auch das Recht, selbst zu spezifizieren.[23]

In einigen Fällen finden sich an den Verzug Rechtsverwirkungsfolgen angeknüpft, so z. B. nach H. G. B. § 588: Wenn der Befrachter auf die Aufforderung des Schiffers nicht ohne Verzug die Abladung bewirkt, so ist der Verfrachter nicht verpflichtet, auf die Lieferung der Güter zu warten. Der Befrachter muß, wenn die Reise ohne die Güter angetreten wird, gleichwohl die volle Fracht entrichten. Ferner: wenn beim Rücktritt der Berechtigte mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes oder eines erheblichen Teils des empfangenen Gegenstandes in Verzug kommt, so kann ihm der andere Teil eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Der Rücktritt wird unwirksam, wenn nicht die Rückgewähr vor dem Ablauf der Frist erfolgt (B. G. B. § 354). Es wäre

21) Hier liegt übrigens eine Modifikation des Erfüllungsanspruchs vor: Erfüllung kann er nämlich nur beanspruchen, wenn er sofort nach dem Ablaufe der Zeit oder Frist dem Gegner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe. Vgl. Dernburg B. G. B. § 220 II.

22) Crasemann, Kauf mit Spezifikation, Freib. Diss. 1901 S. 27: „Die Spezifikationspflicht ist eine selbständige Vertragspflicht des Käufers." Doch erörtert er nicht, ob diese Pflicht synallagmatisch sei. Seine Ausführungen S. 30 ff. scheinen dagegen zu sprechen, trotzdem gibt er bei Spezifikationsverzug Rechte aus § 326, S. 41 ff. — A. A. Staub Komm. zum H. G. B., Exkurs zu § 374 Anm. 75 ff.

23) Modifikation des Erfüllungsanspruchs, wie oben bei der Miete. — Über Spezifikationsverzug des Bestellers B. G. B. § 642 f. vgl. Schreier S. 54, Schmahl S. 33 f., Dernburg B. G. B. § 322 I, 1 u. 2; oben S. 155 Note 2.

ja auch ungereimt, in infinitum Rücktrittsfolgen hintereinander zu normieren.

Zuweilen bedarf es zur Rechtsverwirkung noch der besonders darauf gerichteten Erklärung: der Kündigung.

Auch hierbei konkurrieren wieder die Fälle des wichtigen Grundes.[24] Der bei weitem bedeutsamste Anwendungsfall aber ist das fristlose Kündigungsrecht des B.G.B. § 554, „wenn der Mieter für zwei aufeinanderfolgende Termine mit der Entrichtung des Mietzinses oder eines Teiles des Mietzinses im Verzuge ist." Dasselbe gilt auch für den Verzug des Pächters (B.G.B. § 581 Abs. 2). Schon nach § 298 A.L.R. I, 21 berechtigte der Rückstand zweier Termine den Verpächter oder Vermieter, dem andern Teile den Kontrakt noch vor Ablauf der bedungenen Zeit aufzukündigen; doch mußten früher stets zwei volle Raten rückständig sein.[25]

---

24) So vgl. z. B. zu H.G.B. § 70 Staub, Anm. 24: „Auch das allgemeine im Bürgerlichen Gesetzbuche gegebene Rücktrittsrecht ist hier nicht aufgehoben. Die Absicht des Gesetzes geht nicht etwa dahin, durch den § 70 die allgemeinen Verzugsvorschriften bei gegenseitigen Verträgen hier außer Anwendung zu setzen. Vielmehr bestehen dieselben fort, werden wohl aber hier kaum praktische Bedeutung erlangen."

25) Vgl. Rehbein B.G.B. II S. 195 VII; Paech S. 193.

Schluß.

§ 20. Allgemeine Ergebnisse.

Für das Problem, die Einordnung gesetzlicher Sondervorschriften in die allgemeineren Regeln zu versuchen, hat sich in der Lehre von den gegenseitigen Verträgen ergeben, daß die Voraussstellung der allgemeinen Sätze im wesentlichen systematisch doch gerechtfertigt ist.

Wie nach den bei der Abfassung unserer neuen Reichsgesetze zugrundegelegten Absichten in der besonderen Regelung die allgemeine überall berücksichtigt und durchdacht erscheint[1], so gliedert sich diese m. E. auch wirklich in allen Hauptpunkten richtig in die Sonderregelung ein.

Denn es kann durchaus nicht jede Wiederholung als überflüssig und noch weniger jede Abweichung als verfehlt bezeichnet werden. Gerade in den am speziellsten geregelten Gebieten[2] dürfen sehr wohl — zum Zwecke ihrer inneren Verständlichkeit wie aus Rücksichtnahme auf die in erster Linie zu ihrer praktischen Anwendung Berufenen — die allgemeinsten Grundsätze einschärfend nochmals wiederholt werden. Und die Verschiedenheit der positiv normierten Rechtsfolgen darf ja gerade nach dem Grundsatze der Folgerichtigkeit[3], sonderlich unter Beachtung der Grundsätze des „richtigen Rechtes" erst dann als Fehler bezeichnet werden, wenn sich trotz gewissenhafter Nachprüfung im einzelnen keine tatbeständliche Motivierung für diese Abweichung finden läßt.

---

1) Während noch Suarez in der Einzelregelung die allgemeinen Sätze wiederholte und erst, wenn ihm dies zu weitläufig erschien, auf die allgemeine Regelung zurückverwies. Beispiel: A. L. R. II, 11 weisen im 20. Abschnitt (von protestantischen Stiften usw.) §§ 1219, 1223, 1225 zurück auf die katholischen Stifte (13. Abschnitt); deren Regelung setzt den 12. Abschnitt voraus „Von geistlichen Gesellschaften überhaupt"; hier weisen §§ 949, 952 zurück auf die Regelung der „Kirchengesellschaften" (eod. 1. und 2. Abschnitt); in dieser §§ 27, 28 auf die „anderen bürgerlichen Gesellschaften". (A. L. R. I, 17 §§ 169 ff.).

2) Wie etwa das Verlagsrecht oder die Eisenbahnverkehrsordnung.

3) Vgl. oben S. 23.

Im übrigen bringt es die Lage der Gesetzgebung: nach der Kodifikation wieder Einzelgesetze zu schaffen und neben der Kodifikation bestehende weiter in Geltung zu belassen, mit sich, daß ein volles Zusammenstimmen aller bestehenden Vorschriften nur sehr schwer (wenn überhaupt) zu erreichen sein wird.

Namentlich ist bei der systematischen Betrachtung des neuen Reichsrechts darauf Rücksicht zu nehmen, daß sehr viele Einzelgesetze vor dem Bürgerlichen Gesetzbuche ins Leben getreten sind und dessen allgemeine Regelung bislang gar nicht zugrunde legen konnten.

Immerhin hat die Untersuchung es nicht vermeiden können, auch darauf hinzuweisen, daß die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches selbst unter sich und mit denen des neuen Handelsgesetzbuches nicht in allen Einzelheiten „zusammenstimmen".

Diese immerhin seltenen Fälle sind in der Erwägung zu verstehen, daß nach Absicht des Gesetzgebers die acht allgemeinen Paragraphen über den gegenseitigen Vertrag zwei verschiedene Funktionen haben sollten:

Einmal sollten sie alles über die einzelnen besonders geregelten synallagmatischen Kontrakte gemeinsam Voranzustellende enthalten; zum zweiten aber (in „ergänzenden Rechtssätzen") die erschöpfende Regelung bilden für alle im einzelnen überhaupt nicht besonders geregelten synallagmatischen Kontrakte.

Dies hat sich in einer und derselben gesetzlichen Festlegung nicht überall vereinigen lassen.

Abkürzungen.

Bernhöft: Kauf, Miete und verwandte Verträge in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1889.

Brückner: Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Auflage. 1902.

Ehrlich: Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache. Greifswalder Diss. 1900.

Emerich: Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 1899.

Hartmann: Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. 1875.

Kalthoff: Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Haftung des Verkäufers für Mängel der verkauften Sachen, verglichen mit den allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung. Freiburger Diss. 1901.

Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 1900.

Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 1900.

Knoke: Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 1901.

Knott: Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Haftung des Verkäufers für Mängel der verkauften Sachen, verglichen mit den allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung. Hallische Diss. 1903.

Krug: Unverschuldetes Unvermögen zu einer versprochenen Leistung. Breslauer Diss. 1901.

Lammfromm: Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag. Untersuchungen aus dem Privatrechte. 1897.

Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrechte des Deutschen Reiches. 1. Band. 1902.

Mommsen (Friedrich): Beiträge zum Obligationenrecht. 1853—1855.

Nicolai: Über die Anwendbarkeit der allgemeinen Sätze über die gegenseitigen Verträge auf die Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Leipziger Diss. 1902.

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899. (Kommentar.)

Paech: Der Leistungsverzug. Eine Studie nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 1902.

Petersen: Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Rostocker Diss. 1900.

v. d. Pfordten: Abhandlungen aus dem Pandektenrechte. 1840.

Rieger: Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Tübinger Diss. 1901.

Riezler: Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 1900.

Schmahl: Die rechtliche Behandlung des Zufalls beim Werkvertrag nach gemeinem Rechte und dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Erlanger Diss. 1898.

Schollmeyer Einzeldarst.: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Eine Darstellung und Erläuterung der Hauptbestimmungen. 1897.
Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar. 1900.
Schreier: Die Lehre des Bürgerlichen Gesetzbuches von den gegenseitigen Verträgen und ihre Anwendung auf Kauf und Miete. Erlanger Diss. 1898.
Schulhof: Die Gewährleistung für Rechtsmängel beim Kauf. Göttinger Diss. 1899.
Stammler Schv.: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 1897.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach Deutschem Bürgerlichen Rechte. 1900.
Bürg. Arch.: Archiv für Bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler und Ring.
R. O. L. G.: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses in Halle a. S.

Das bürgerliche Recht

des

Deutschen Reichs und Preußens

von

Dr. Heinrich Dernburg,

Geheimem Justizrat, Professor an der Universität Berlin, Mitglied des Herrenhauses.

Einteilung des Werkes:

Erster Band: Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts. Zweite Auflage. ℳ 10,60, in Halbfranzband ℳ 12,60.

Zweiter Band: Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. Zweite Auflage.
Erste Abteilung. Allgemeine Lehren. ℳ 6,—, in Halbfranzband ℳ 7,75
Zweite Abteilung. Einzelne Obligationen.
ℳ 12,—, in Halbfranzband ℳ 14,—.
Erste und zweite Abteilung in einem Halbfranzband ℳ 20,25.

Dritter Band: Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. Dritte, neubearbeitete Auflage. **1904.**
ℳ 16,—, in Halbfranzband ℳ 18,—.

Vierter Band: Deutsches Familienrecht. Zweite Auflage.
ℳ 10,—, in Halbfranzband ℳ 12,—.

Fünfter Band: Das Erbrecht (unter der Presse).

Sechster Band: Die Lehre von der Rechtsverwirklichung, das Urheberrecht, sowie das Generalregister zu Band 1—6 (erscheint 1905).

Erster Ergänzungsband: Bayerisches Landesprivatrecht von Professor Dr. P. Oertmann in Erlangen.
ℳ. 13,—, in Halbfranzband ℳ. 15,—.

Zweiter Ergänzungsband: Elsaß-Lothringisches Landesprivatrecht von Professor Dr. W. Kisch in Straßburg i. E. (unter der Presse).

Dritter Ergänzungsband: Sächsisches Landesprivatrecht von Amtsrichter Dr. Kloß (unter der Presse).

Vierter Ergänzungsband: Badisches Landesprivatrecht von Landgerichtspräsident Dr. E. Dorner in Karlsruhe und Professor Dr. A. Seng in Heidelberg (in Vorbereitung).

Fünfter Ergänzungsband: Mecklenburgisches Landesprivatrecht (in Vorbereitung).

Das Dernburgsche Grundwerk wird mit den verschiedenen Landesprivatrechten sich zu einem Ganzen verbinden, wodurch dem Altmeister in jedem Deutschen Gliedstaat ein Denkmal errichtet wird, wie sich dessen kein Gesetzgeber, noch weniger ein Rechtslehrer erfreuen kann!

Jeder Band wird einzeln abgegeben.

Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses in Halle a. S.

DIE CAROLINA
UND IHRE VORGÄNGERINNEN.

TEXT, ERLÄUTERUNG, GESCHICHTE.

IN VERBINDUNG MIT ANDEREN GELEHRTEN
HERAUSGEGEBEN UND BEARBEITET
VON

J. KOHLER,
PROFESSOR DER RECHTE IN BERLIN.

I. BAND.

DIE PEINLICHE GERICHTSORDNUNG KAISER KARLS V.
CONSTITUTIO CRIMINALIS CAROLINA

KRITISCH HERAUSGEGEBEN
VON

J. KOHLER, PROFESSOR DER RECHTE IN BERLIN. UND **WILLY SCHEEL,** OBERLEHRER AM GYMNASIUM ZU STEGLITZ.

Mit 8 Abbildungen. ℳ 6,—.
Ausgabe für Studierende ℳ. 1,50.

II. BAND.

DIE BAMBERGISCHE HALSGERICHTSORDNUNG
CONSTITUTIO CRIMINALIS BAMBERGENSIS

UNTER HERANZIEHUNG DER REVIDIERTEN FASSUNG VON 1580 SOWIE DER BRANDENBURGISCHEN HALSGERICHTSORDNUNG ZUSAMMEN MIT DEM SOGENANNTEN CORRECTORIUM, EINER ROMANISTISCHEN GLOSSE UND EINER PROBE DER NIEDERDEUTSCHEN ÜBERSETZUNG.

KRITISCH HERAUSGEGEBEN
VON

J. KOHLER, PROFESSOR DER RECHTE IN BERLIN. UND **WILLY SCHEEL,** OBERLEHRER AM GYMNASIUM ZU STEGLITZ.

Mit 22 Abbildungen. ℳ. 10,—.

III. BAND.

DIE BAMBERGISCHE HALSGERICHTSORDNUNG
IN
NIEDERDEUTSCHER ÜBERSETZUNG
HERMANN BARKHUSENS
1510

ZUSAMMEN MIT EINER AUSWAHL
DER STRAFRECHTLICHEN ARTIKEL DES LÜBISCHEN RECHTS

HERAUSGEGEBEN
VON

J. KOHLER PROFESSOR DER RECHTE IN BERLIN UND **WILLY SCHEEL** OBERLEHRER AM GYMNASIUM ZU STEGLITZ.

ca. ℳ. 3,—.

Grundzüge
des
französischen Zivilrechts
und des
badischen Landrechts
von

Dr. Alfred Keng,
a. o. Professor an der Universität Heidelberg.

1904. ℳ. 3,—; geb. ℳ. 3,60.

Der Verfasser gibt in diesem Werke einen sehr schätzbaren, klar und zuverlässig verfaßten systematischen Abriß des französischen Zivilrechts, insbesondere des badischen Landrechts. In erster Linie als Grundriß für Vorlesungen bestimmt, wird das Werk zweifellos auch sonst in der Theorie und in der Praxis mit Vorteil gebraucht werden. Schade, daß ein solcher Leitfaden nicht schon 25 Jahre früher erschienen ist.
Literar. Mitteil. d. Annalen des Deutschen Reichs.

Sowohl zum Studium und Repetitorium für Studierende als auch als Orientierungsmittel für Praktiker verdient das Buch Beachtung.
Juristisches Literaturblatt.

Die Ordnung des Rechtsstudiums
und der
ersten juristischen Prüfung
in den
Deutschen Bundesstaaten.
Bearbeitet von

Dr. Paul Laude,
Geh. Regierungsrat und Universitätsrichter zu Berlin,
und
Dr. Martin Wolff,
Professor an der Königl. Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin.

1903. Geheftet ℳ. 4,40; geb. ℳ. 5,—.

Die Zusammenstellung ist nützlich besonders für Hochschullehrer und andere, die über die Anforderungen in den verschiedenen Staaten Auskunft geben sollen, und lehrreich, insofern sie die großen Verschiedenheiten der Ausbildung und der Anforderungen zeigt.
Centralblatt für Rechtswissenschaft.

Das vorliegende Buch verdankt seine Entstehung einem amtlichen Auftrag des preußischen Kultusministeriums und beruht auf authentischen Beiträgen. Es gibt eine erschöpfende Zusammenstellung der zur Zeit in Kraft stehenden gesetzlichen und Verwaltungsvorschriften (auch solcher, die nicht veröffentlicht sind). Seine Nützlichkeit bedarf keiner weiteren Darlegung.
Zeitschrift für internat. Recht.

Die Schrift ist ein treffliches Vademecum für jeden Studierenden der Rechte.
Echo der Gegenwart.

Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses in Halle a. S.

Das Konkursrecht
nebst Anhang,
betreffend
die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens.
Systematischer Kommentar
von
Dr. V. Rintelen,
Geheimem Ober-Justiz-Rat, Mitglied der weil. Reichstagskommission zur Beratung der Konkursnovelle.
Zweite, umgearbeitete Auflage.
M 9,—; geb. *M* 10,—.

Die Rechtsprechung und Literatur ist vollständig und sorgfältig mitgeteilt oder doch berücksichtigt **und ein Werk geschaffen, welches in einem Guße die Materie meistert.** Es ist nicht zu verkennen, daß die Art der Bearbeitung für die Durchdringung des Stoffes reichen Gewinn bringt. **Rintelens Arbeit ist ein vorzügliches Hilfsmittel insbesondere für das eingehende Studium und auch ein gutes Nachschlagebuch für den praktischen Juristen.** Badische Rechtspraxis.

Das Studium
der
Rechts- und Staatswissenschaft.
Vorbereitung und Einrichtung.
Von
Dr. Hermann Ortloff,
Landgerichtsrat a. D., ehemals a. o. Professor an der Universität Jena.
1903. geh. *M.* 1,50.

Die Schrift ist infolge der **erschöpfenden** Behandlung in **historischer** Beziehung und auf rechtsvergleichender Grundlage **für jeden Juristen auf das wärmste zu empfehlen.** Gießener Anzeiger.

Der Verfasser tritt lebhaft für eine Umgestaltung des juristischen Studiums ein, indem er einmal eine größere Beachtung des öffentlichen Rechts verlangt und namentlich fordert, daß dies in der ersten Hälfte des Studiums gehört werde; sodann, indem er die Einführung einer Zwischenprüfung verlangt. In ersterem Punkte treten wir ihm rückhaltlos bei. Der erhoffte Segen einer Zwischenprüfung wird nach unserer Meinung dagegen überschätzt. Leipziger Zeitung.

Invaliden- und Altersversicherung
in vorübergehenden Beschäftigungen
von
Dr. Hermann Ortloff,
Landgerichtsrat a. D.
1903. geh. *M.* 1,—.

Diese kleine Schrift gibt mit spezieller Berücksichtigung der vorübergehenden Beschäftigungen einen gemeinverständlichen Überblick über praktisch wichtige Fragen des Invalidenversicherungsrechtes, nämlich über die Versicherungspflicht, die Beiträge und den Gegenstand der Versicherung. Sie vermag in erwünschter Weise zur Aufklärung der Beteiligten beizutragen.
Literarische Mitteilungen der Annalen des Deutschen Reichs.

Buchdruckerei des Waisenhauses in Halle a. S.

538-25
5-cc

JUG LKV UAg
Gegenseitige Vertrage :
Stanford Law Library
3 6105 044 533 763